



CONSTITUCIONALISMO PARA ALÉM DO ESTADO: SITUANDO O DEBATE

CONSTITUTIONALISM BEYOND THE STATE: SITUATING THE DISCUSSION

Maurício Pedroso Flores¹

RESUMO

O presente artigo visa mapear algumas das posições teóricas em disputa sobre a temática do constitucionalismo para além do Estado. Primeiro, descreve os termos gerais do debate, que opõem céticos e defensores da utilização do conceito. A segunda parte apresenta as principais correntes daquilo que pode se considerar como tentativas de constitucionalização “em sentido forte”, enquanto a terceira discorre acerca de formas “alternativas” do discurso sobre constitucionalização pós-estatal. Por fim, a última parte descreve algumas das críticas dirigidas às diferentes vertentes de constitucionalização para além do Estado e faz um breve balanço sobre sua utilidade e conveniência nos debates sobre direito internacional e governança global.

Palavras-chave: constitucionalismo; direito internacional; governança global.

ABSTRACT

The papers aims to map some of the battling theoretical positions over the idea of constitutionalism beyond state. First, it describes the main points of the discussion over using the concept, which opposes skeptics and advocates. Second part presents the main currents of what can be considered as attempts at constitutionalization “in a strong sense”, while the third discusses “alternative” forms of discourse on postnational constitutionalizing. Finally, last part describes some of the criticisms directed at the different aspects of constitutionalization beyond the state and makes a brief assessment of its usefulness and convenience in international law and global governance debates.

Keywords: constitutionalism; global governance; international law

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo moderno transformou profundamente os sistemas políticos dos Estados nacionais ao estabelecer autorizações e limites para o exercício da autoridade política por meio de regras públicas e universais. Associado à ideia de democracia,

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bolsista CAPES/PROEX. Email: mauriciopflores@gmail.com



promoveu um instrumento jurídico para que cidadãos e cidadãs pudessem se ver simultaneamente na autoria e destinação dessas regras. Mas esse processo, fundamentalmente pensado no contexto estatal, pode também ser transposto para além das fronteiras do Estado?

Este é um dos muitos debates que a bibliografia interdisciplinar sobre direito internacional e governança global tem levantado nas últimas décadas. A crescente tendência de se enxergar certos desenvolvimentos regulatórios de regimes público-privados transnacionais, entidades supranacionais e áreas do direito internacional como “constitucionais” responde, entre outros fatores, a uma maior necessidade de coordenação entre múltiplas instâncias decisórias presentes no espaço transnacional e ao apelo para que as decisões tomadas sejam mais legítimas perante Estados, indivíduos e organizações da sociedade civil. Contudo, a palavra “constituição” inevitavelmente evoca um legado particular, oriundo do Estado, e cujas condições que possibilitaram sua emergência não são facilmente encontráveis para além deste.

O presente artigo visa mapear, de forma bastante sintética, algumas das posições teóricas em disputa sobre a temática do constitucionalismo para além do Estado. Nenhum dos diagnósticos aqui apresentados recai naquilo que Andrea Bianchi² chamou de ilusão sobre o “fim da política”, isto é, a ideia de que a implementação de uma ordem constitucional inter ou transnacional seria capaz, via processos de legalização, de pôr fim a disputas geopolíticas ou baseadas em interesses econômicos. A bibliografia aqui apresentada reconhece que direito e política são componentes indissociáveis do cenário das relações internacionais (seja entre Estados ou não), mas acredita que a noção de constitucionalismo traduz de forma satisfatória alguns processos já existentes ou estabelece um horizonte normativo para que iniciativas constitucionais sejam vistas como desejáveis.

A primeira parte descreve alguns dos termos gerais do debate: o que afinal uma parcela da teoria quer extrair de útil a partir da noção de constitucionalismo e porque outra parcela vê esse movimento com uma atitude de ceticismo. A segunda parte apresenta as principais correntes daquilo que se poderia considerar como tentativas de constitucionalização “em sentido forte”. Tais tentativas tem como base, sobretudo, normas e instituições de direito internacional que já gozam de prestígio e aquiescência de

² BIANCHI, Andrea. *International law theories: an inquiry into different ways of thinking*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 52. Todas as traduções do inglês são livres.



diferentes atores internacionais. É o tipo de constitucionalização de caráter “reparatório” tematizada, por exemplo, por Jürgen Habermas. Sua ideia central é a de suprir certos déficits democráticos (e de legitimidade, em sentido mais amplo) presentes em regulações que extrapolam as fronteiras estatais - a começar por organismos intergovernamentais fundamentais para o funcionamento sistema político global, como a Organização das Nações Unidas (ONU).

Em seguida, são apresentadas algumas formas “alternativas” do discurso sobre constitucionalização para além do Estado. Diante do incremento na complexidade de regulações transnacionais em diversas áreas, que não podem ser completamente explicadas pelas relações entre Estados, parte da bibliografia tem se perguntado se não estaria acontecendo, afinal, mais do que uma mera juridificação destes novos regimes. Novas expressões emergem como forma de dar conta deste fenômeno, como as ideias de “constitucionalismo societal” e “fragmentação constitucional” defendidas por Gunther Teubner.

Por fim, a quarta e última parte descreve algumas das críticas dirigidas às diferentes vertentes de constitucionalização para além do Estado identificadas no artigo, discutindo seu impacto em relação aos prognósticos da teoria e fazendo um breve balanço sobre a utilidade e a conveniência de uma visão constitucional sobre fenômenos regulatórios interestatais e não estatais.

1 TRANSPORTANDO O CONSTITUCIONALISMO PARA ALÉM DO ESTADO

De acordo com Neil Walker³, a discussão sobre a possibilidade de um constitucionalismo internacional e/ou transnacional ganhou relevo nos últimos anos por ao menos duas razões. Em primeiro lugar, percebeu-se o desenvolvimento de instâncias não-estatais com poder decisório em níveis regionais (União Europeia, CUSMA, Mercosul), funcionais (ICANN, OMC) e globais (ONU e suas agências). Essa é a dimensão material do debate, difícil de ser contestada diante das consideráveis evidências empíricas presentes. Mas segue-se a ela uma razão de natureza teórica, mais controversa: há uma tendência crescente de se conceituar esses desenvolvimentos de instituições e práticas em termos explicitamente constitucionais.

³ WALKER, Neil. Taking constitutionalism beyond the state. *Political Studies*, Londres, v. 56, p. 519-543, 2008, p. 519-520.



Mas enquanto parte da literatura enxerga esse movimento como positivo ou inspirador, há quem relute em abrir mão de um sentido mais carregado da palavra constituição, intimamente ligada às revoluções liberais francesa e norte-americana e posteriormente disseminada por regimes democráticos ao redor do mundo, mas sempre com o estabelecimento de uma “comunidade política” que, apesar de não refletir necessariamente a população de um território, parte da noção de um território nacional determinado como base de sua aplicação.⁴

Estabelece-se portanto um debate entre céticos e defensores da possibilidade de um constitucionalismo para além do Estado. Fazendo um breve resumo da bibliografia que representa a posição mais cética, Walker revela quatro “acusações” básicas contra a ideia de um constitucionalismo para além do Estado. Ele seria (1) inapropriado, pois o constitucionalismo é um recurso normativo de articulação de valores e objetivos que somente o ente estatal é capaz de dispor e organizar, dada sua abrangência; (2) inconcebível, por se tratar de uma forma completamente distinta de conceber o mundo, contendo um horizonte epistêmico e um imaginário político que se referem a uma forma particular de Estado; (3) improvável, porque o constitucionalismo está implicado em relações existentes de autoridade, e nenhuma força de poder plenamente independente do Estado poderia vestir hoje o manto do constitucionalismo; e (4) ilegítimo, pois a afirmação de constitucionalismo fora do Estado trata-se de mera ideologia ou retórica - argumento que é consequência direta das demais objeções.

Nas próximas seções analisaremos mais detidamente as propostas dos defensores do conceito, que inclusive respondem a algumas dessas críticas. Por ora, cumpre notar que, uma vez não há evidências empíricas que comprovem cabalmente uma ou outra tese - é difícil dizer com precisão que determinado arranjo internacional é constitucional, mas somente que *pode ser visto* ou *se parece* com uma constituição - o debate permanece em grande parte conceitual. Suas posições dependem, por exemplo, do que venha a se considerar como o “núcleo” ou “essência” da ideia de constitucionalismo.

Como uma forma de possibilitar que o debate exista, sem encampar posições do tipo tudo ou nada, Walker⁵ realiza um movimento interessante ao reconstituir o constitucionalismo como um conjunto de cinco molduras sobrepostas (*reinforcing frames*):

⁴ Para uma argumentação mais detalhada nesse sentido, ver MAUS, Ingeborg. From Nation-state to global state, or the decline of democracy. *Constellations*, Oxford, v. 13, n. 4, p. 465-484, 2006.

⁵ WALKER, Neil. Taking constitutionalism beyond the state. *Political Studies*, Londres, v. 56, p. 519-543, 2008.



jurídica, político-institucional, de auto-autorização, social e discursiva. A ideia aqui é permitir tanto uma visão holística do constitucionalismo (ou seja, que tipo de constitucionalismo toma forma quando todas as molduras estão envolvidas) como uma visão analítica (mostrar como o próprio constitucionalismo estatal passou por um processo histórico de sobreposição de molduras, separáveis analiticamente).

Embora reconheça que nenhuma organização internacional ou transnacional pareça capaz de reunir essas cinco molduras, Walker sugere não haver motivos para, a partir disso, desconsiderar quaisquer desenvolvimentos constitucionais pós-estatais como reproduções meramente precárias do constitucionalismo estatal. O autor endossa o argumento, por exemplo, de que as virtudes da comunidade política nem sempre são redutíveis à vontade democrática e à implementação popular, mas podem repousar em práticas dissociadas da política desenvolvidas por especialistas ou por regras implementadas por comunidades epistêmicas interessadas. Em suma, entende que nenhuma iniciativa constitucional transnacional terá “*full-pedigree*”, no sentido de conter as cinco molduras constitucionais, mas não vê nisso razão para negar a pertinência do termo constitucionalismo para além do Estado. Por outro lado, recusa-se a tomar uma posição clara quanto à utilização do termo, limitando-se a dizer que “podemos observar o crescimento das cinco molduras constitucionais no contexto pós-estatal”⁶.

Outra alternativa apresentada para evitar um debate aparentemente irresolúvel sobre a existência ou não de um constitucionalismo para além do Estado é o enfoque no caráter “público” do direito nacionalmente produzido e os paralelos que podem ser encontrados em relação a ele nas regulações internacionais e transnacionais. Os trabalhos do chamado Direito Administrativo Global (DAG) se destacam nesse sentido, em uma posição que Walker chama de “ceticismo constitucional transnacional”⁷ - ceticismo em relação à ideia de constituição, mas defesa da possibilidade de que a publicidade do direito administrativo estatal possa ser replicada em regulações que ultrapassam fronteiras nacionais, ou seja, a existência de um direito público pós-estatal.

Essa corrente de pensamento, inaugurada por Kingsbury, Krisch e Stewart, parte da ideia de que boa parte da governança global é realizada nos moldes da ação administrativa encontrada nos Estados, e busca assim identificar o “conjunto de mecanismos, princípios,

⁶ WALKER, Neil. Taking constitutionalism beyond the state. *Political Studies*, Londres, v. 56, p. 519-543, 2008, p. 533.

⁷ WALKER, Neil. Postnational constitutionalism and postnational public law: a tale of two neologisms. *Edinburgh School of Law Research Paper Series*, Edimburgo, n. 20, 2012.



práticas e compreensões sociais de apoio que promovem ou de alguma forma afetam a *accountability* dos órgãos administrativos globais" para que eles "obedeçam a padrões adequados de transparência, participação, decisão motivada e legalidade, com a possibilidade de revisão efetiva das normas e decisões adotadas"⁸. A ênfase aqui está nos processos e nos resultados alcançados por instâncias transnacionais que executam funções análogas às de uma administração pública em âmbito estatal. A ideia de um governo cuja autoridade deriva de um poder constituinte originário (parte do que podemos chamar de um *pedigree* do constitucionalismo estatal) é substituída por práticas de “boa governança”, isto é, uma série de *standards* de transparência, justificação e *accountability*.

Estabelece-se uma continuidade em relação à tradição do direito público estatal em termos de ideais básicos e práticas operacionais, entre elas a adesão a princípios de legalidade, racionalidade e proporcionalidade, respeito ao *rule of law* e aos direitos humanos básicos. Em vez de contestar a legitimidade das fontes decisórias, o DAG procura observar a legitimidade das decisões tomadas, se feita com base nos princípios mencionados ou não. Não há pretensão de se falar propriamente em um “constitucionalismo” transnacional, mas em reflexos da estrutura constitucional estatal que se irradiam para as instâncias decisórias pós-estatais. Trata-se de uma saída que, de certa forma, tangencia a questão. Mas quando se percebe que existem posições que, em sentido exatamente oposto, defendem a noção de constituição enquanto rejeitam a ideia de direito público pós-estatal, fica evidente que o debate, longe de ser evitado, torna-se ainda mais complexo.

O constitucionalismo pode ter seus elementos analiticamente separados ou relacionados com aspectos que lhe são caros mas não exclusivos, como é o caso da publicidade do direito, mas sem que isso mova necessariamente o debate entre céticos e defensores para um ou outro lado. Logo, para tornar mais evidente o que está em jogo para cada uma das posições, é preciso examinar mais minuciosamente o que dizem seus principais proponentes - a começar por quem não apenas acredita na possibilidade de se

⁸ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. A emergência de um direito administrativo global. In: BADIN, Michelle (org.). **Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 13. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17512/Ensaio-sobre-o%20direito-administrativo-global.pdf>. Acesso em: 08 out. 2022.



falar em uma constitucionalização internacional, como também estabelece fortes demandas e expectativas sobre ela.

2 PROPOSTAS DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO “EM SENTIDO FORTE”

O direito internacional é certamente o recurso mais óbvio para os projetos de constitucionalização para além do Estado. Mas da mesma forma que diferentes normatividades transnacionais passaram a contestar os limites do espaço jurídico estatal, diferentes áreas do direito internacional experimentaram uma crescente especialização nas últimas décadas, elevando preocupações sobre sua fragmentação.⁹ Assim, tentativas de constitucionalização do direito internacional são vistas como oportunidades tanto para compensar as dificuldades do constitucionalismo estatal em lidar com problemas transfronteiriços como recuperar o potencial de cooperação do próprio direito internacional.

Uma proposta bastante conhecida nesse sentido é a de Jürgen Habermas, que busca recuperar a ideia de constitucionalização como uma terceira via entre as abordagens realistas e cosmopolitas das relações internacionais.¹⁰ Sua ideia é mostrar a viabilidade de uma sociedade mundial politicamente constituída por meio de regras jurídicas impositivas, mas sem que isso signifique a formação de um “Estado mundial”. Em seu modelo, que preserva uma estrutura tripartite formada por esferas globais, transnacionais e nacionais, o direito internacional passa a ser pensado como um direito cosmopolita que visa regular tanto Estados quanto cidadãos e cidadãs mundiais.¹¹

Sobre a possibilidade de chamar efetivamente esse processo de “constitucionalização”, Habermas argumenta que embora constitucionalismo e formação do Estado sejam processos históricos que andaram de mãos dadas, o Estado-nação não é a única forma de ordem política passível de constitucionalização. Diferenças em relação ao contexto nacional, é claro, serão inevitáveis; mas “a constitucionalização do direito

⁹ KOSKENNIEMI, Martti. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law** - Report of the study group of the International Law Commission. Genebra: ONU, 2006. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>. Acesso em: 08 out. 2022.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. A constitucionalização do direito internacional ainda tem uma chance? In: HABERMAS, Jürgen. **O ocidente dividido**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

¹¹ COHEN, Jean. The Constitutionalization of international law. In: BRUNKHORST, Hauke et al. (orgs.). **The Habermas Handbook: new directions in critical theory**. Nova York: Columbia University Press, 2018, p. 143.



internacional não precisa seguir o mesmo caminho daquela do Estado moderno” e “a constituição do sistema político global não precisa tomar a mesma forma”¹². Em suma, o conceito de constituição como aquisição do estado moderno é excessivamente demandante - englobando aspectos como controle da força e jurisdição coercitiva - para qualquer ordem jurídica pós-nacional.

Mas então onde encontrar os paralelos estatais necessários para pensar uma constitucionalização pós-nacional? Em vez de compará-la com o processo mais moderno, resultado das revoluções liberais, Habermas sugere que a constitucionalização da sociedade mundial é mais análoga à trajetória das ordens jurídicas pré-modernas do chamado “Estado corporativo” (*Ständestaat*), em que a constitucionalização envolve apenas a divisão e regulação jurídica das relações de poder, sem fundar uma nova autoridade política como fazem os projetos mais bem acabados das constituições modernas.¹³

Contudo, mesmo com expectativas menores de constitucionalização, permanece a questão prática do envolvimento dos Estados em direção a um maior controle das relações de poder, algo que implicaria a entrega de considerável parcela de sua soberania em prol de uma estrutura jurídica e institucional um tanto mais rígida. Nesse sentido, Habermas defende que seu projeto deixaria de ser utópico na medida em que uma reforma institucional fosse feita, sendo o alvo principal dessa reforma a atuação do Conselho de Segurança da ONU, que tem atrapalhado as aspirações de que as decisões desta instituição possam se basear em processos democráticos e efetivamente deliberativos.¹⁴

Caso a agenda de reforma avance, seria possível vislumbrar a ONU como uma organização de Estados e indivíduos disposta a realizar duas funções centrais: salvaguarda da paz e da segurança mundiais e implementação dos direitos humanos. Demais funções específicas como trocas comerciais, comunicações, saúde etc. ficariam a cargo dos regimes jurídicos inter/transnacionais já constituídos, que passariam a ocupar uma posição mais coordenada dentro de um sistema de governança global de múltiplas camadas - que ainda

¹² COHEN, Jean. The Constitutionalization of international law. In: BRUNKHORST, Hauke et al. (orgs.). **The Habermas Handbook: new directions in critical theory**. Nova York: Columbia University Press, 2018, p. 146.

¹³ COHEN, Jean. The Constitutionalization of international law. In: BRUNKHORST, Hauke et al. (orgs.). **The Habermas Handbook: new directions in critical theory**. Nova York: Columbia University Press, 2018, p. 146-147.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. A constitucionalização do direito internacional ainda tem uma chance? In: HABERMAS, Jürgen. **O ocidente dividido**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.



deixaria aos Estados nacionais boa parte de sua capacidade de ação e execução de tarefas de regulação doméstica. Não há espaço aqui para pormenorizar as críticas possíveis à visão habermasiana, mas cabe ao menos uma observação sobre esse ponto específico: restringir a ONU a tais funções não soa como uma proposta muito diferente daquilo que já se verifica; ao mesmo tempo, o exercício dessas próprias funções já é um alvo suficiente para muitas controvérsias, especialmente no que tange às “intervenções humanitárias”.

Outra proposta que pode ser vista como normativamente demandante, isto é, que defende uma constitucionalização robusta, é a feita por Anne Peters. Em linhas gerais, autora sugere pensar o constitucionalismo internacional como forma de compensar a tendência de desconstitucionalização dos sistemas jurídicos domésticos. Ao mesmo tempo em que reconhece a carga normativa do conceito, ela acredita que uma abordagem constitucionalista possui grande potencial crítico para se pleitear regulações mais legítimas por meio das virtudes do *rule of law*, como estabilidade e previsibilidade.¹⁵

De outra parte, pensando a fragmentação não apenas a partir do direito internacional, mas também das próprias relações internacionais em que ele está inserido, Christian Joerges sugere pensar um constitucionalismo transnacional a partir das ferramentas do direito internacional privado. O autor sugere que um *Conflicts-law constitutionalism* seria capaz de enfrentar problemas de legitimação e coordenação da sociedade mundial “sem a imposição de regimes unilaterais, recuperando as sofisticadas técnicas de equilíbrio que tem sido desenvolvidas pela metodologia do direito internacional privado”.¹⁶

Por fim, pode-se mencionar a proposta de um constitucionalismo cosmopolita elaborada por Matthias Kumm, que sugere uma abordagem baseada em princípios liberais. Mais influenciado pelo conceito de razão pública de Rawls do que pela democracia deliberativa de Habermas, o autor “promove um conceito de sociedade política global como um autoconstructo coletivo no qual a ordem atualmente baseada no Estado é apenas

¹⁵ PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. *Leiden Journal of International Law*, Leiden, v. 19, n. 3, p. 579-610, 2006.

¹⁶ ROTH-ISIGKEIT, David. *The Plurality trilemma: a geometry of global legal thought*. Londres: Palgrave Macmillan, 2018, p. 105.



uma entre outras formas organizacionais que precisam refletir princípios universais básicos e preexistentes.”¹⁷

3 PROPOSTAS ALTERNATIVAS DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Conforme as abordagens da seção anterior retratam, o começo dos debates sobre constitucionalismo pós-estatal esteve intimamente ligado a proposição de modelos hierárquicos, enquanto a defesa de estruturas heterárquicas costumava ser associada aos estudos reunidos sob as diferentes vertentes do pluralismo jurídico.¹⁸ Esta divisão, contudo, não permaneceu ileso a concepções renovadas sobre o processo de constitucionalização, dentre as quais se destaca a proposta de Gunther Teubner, baseada na teoria dos sistemas luhmaniana.

Diante de uma série de escândalos relacionados à emergência de regimes transnacionais, Teubner (2016, p. 24) chama a atenção para uma “nova questão constitucional”, localizada não mais na política, mas nas energias sociais situadas fora do poder político e para além das fronteiras estatais. Sua renovada teoria sociológica do constitucionalismo social procura então suprir os déficits explicativos presentes em abordagens precedentes, que não prestam a devida atenção às tendências autorregulatórias fortalecidas pela transnacionalização do direito.

Áreas da sociedade civil como o sistema financeiro, as trocas econômicas, a ciência, a saúde, o esporte e os meios de comunicação foram pouco a pouco desenvolvendo suas próprias dinâmicas de regulação ou, na linguagem adotada por Teubner, suas próprias constituições, todas elas com acentuado grau de autonomia em relação a constituição estatal. De acordo com o autor, tais dinâmicas foram certamente intensificadas pela globalização, mas na verdade são anteriores a ela - a latência das forças sociais que impulsionam o constitucionalismo social parcial pode ser reconstituída sociologicamente desde a formação do Estado liberal. O constitucionalismo estatal jamais conseguiu abarcar satisfatoriamente todas as dimensões da vida social, de forma a ser possível observar, em cada uma delas, desenvolvimentos regulatórios próprios.

¹⁷ ROTH-ISIGKEIT, David. *The Plurality trilemma: a geometry of global legal thought*. Londres: Palgrave Macmillan, 2018, p. 204.

¹⁸ ROTH-ISIGKEIT, David. *The Plurality trilemma: a geometry of global legal thought*. Londres: Palgrave Macmillan, 2018, p. 43.



Com o advento das tendências globalizantes, no entanto, a sociedade mundial fragmenta-se em diferentes áreas e níveis de regulação e as estruturas jurídicas se desformalizam. A diferenciação social já presente nos primórdios do Estado-nação se estende então ao âmbito global, e esferas importantes de nossa vida cotidiana - comunicação, transporte, economia, saúde - passam a ser reguladas por regimes transnacionais aos quais nenhuma constituição estatal delegou poder. A legitimidade de atuação desses regimes não está pressuposta em nenhuma instituição específica, mas encontra-se em um contínuo processo de disputas tanto no interior, entre seus participantes, como no exterior, nas relações com outros regimes. Esses conflitos auxiliam a demarcar o alcance e as funções regulatórias de cada sistema parcial, uma vez que eles não podem, à moda das constituições estatais, ter a pretensão de abranger os diversos ramos da vida social. A totalidade constitucional é então substituída, no plano transnacional, por fragmentos constitucionais - conjuntos de regras e ordens independentes que coexistem na sociedade mundial globalizada.¹⁹

Teubner crê ser inútil apostar as fichas na construção de uma constituição global cosmopolita ou em uma renacionalização para solucionar questões que há muito já extrapolam fronteiras nacionais, como a regulação dos mercados financeiros, a proteção do meio ambiente e a governança da internet. Porém, alerta também sobre a extrema dificuldade - ou impossibilidade - de se encontrar respostas gerais aos problemas específicos de cada regime, tendo em vista a complexidade das questões transnacionais. Assim, postula que a regulação do espaço transnacional deve sua potencial efetividade ao caráter autorregulatório de cada área, e que as regulações específicas tendem a ser confrontadas com a necessidade de ir além de uma mera juridificação, passando a ganhar um caráter constitucional. Trata-se de uma visão que, apesar de também se utilizar da terminologia constitucional, propõe um diagnóstico bastante diferente daqueles mencionados na seção anterior. O constitucionalismo societal, expressão que Teubner extrai de um trabalho de David Sciulli, carrega pouco das promessas de legalização via procedimentos democráticos tão caras a Habermas, por exemplo.

Ainda na tradição sistêmica, outros autores buscaram enfatizar aspectos constitucionais em suas propostas normativas para uma maior legitimidade do sistema jurídico global. Lars Vellechner, por exemplo, destaca os direitos constitucionais como

¹⁹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 107.



uma dimensão objetiva capaz de proteger funções específicas dos regimes, ampliando a discussão feita por Teubner a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.²⁰ Não se trata aqui apenas de transpor via tribunais a doutrina dos direitos constitucionais para o cenário transnacional, mas de estabelecer uma abordagem substantiva em que cada regime constitua uma lógica interna própria sobre tais direitos.²¹

Outra proposta que compartilha as bases sistêmicas de Teubner, mas que procura radicalizar o aspecto democratizante de sua proposta, é a de Andreas Fischer-Lescano. Tomando exemplos como o das *Madres de la Plaza de Mayo*, o autor propõe qualificar os movimentos sociais como sujeitos constitucionais da sociedade mundial. Somente a dimensão ativa de protesto e reivindicação trazida por estes grupos seria capaz de trazer à tona um direito internacional ou transnacional que promova mudanças sociais - não a partir de um modelo de constitucionalismo democrático derivado do modelo estatal, mas de um novo tipo de constitucionalização feito de “baixo” para “cima”.

Por fim, cabe mencionar a existência de propostas inspiradas pela teoria jurídica de Dworkin que propõem não um modelo de constitucionalismo propriamente dito, mas a adoção de direitos como princípios constitucionais para além do Estado - posição representada, por exemplo, por Alec Stone Sweet e Kai Möller.²² Os desafios de tais abordagens passam por mostrar como e onde estes direitos podem ser institucionalizados no espaço internacional, uma vez que nem sempre a questão sobre alocação de autoridade (nesse caso, para proteção dos direitos) é facilmente respondida.

4 CRÍTICAS AO CONSTITUCIONALISMO INTER/TRANSNACIONAL

No campo das críticas às propostas de constitucionalização, comecemos por uma que mira exatamente a visão de Teubner mencionada na seção anterior. Autor conhecido por sua visão de um “transconstitucionalismo”, Marcelo Neves censura a avidez com que Teubner utiliza o termo constituição toda vez que “surge uma ordem, instituição ou

²⁰ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 225-266.

²¹ ROTH-ISIGKEIT, David. **The Plurality trilemma: a geometry of global legal thought**. Londres: Palgrave Macmillan, 2018, p. 145-146.

²² Para um apanhado sobre estas e outras visões sobre direito “global” inspiradas em Dworkin, ver o quarto capítulo de ROTH-ISIGKEIT, David. **The Plurality trilemma: a geometry of global legal thought**. Londres: Palgrave Macmillan, 2018.



organização jurídica na sociedade contemporânea”²³, preferindo resguardar o termo para situações que envolvem dois tipos de problemas com os quais o direito constitucional tradicionalmente lida em âmbito estatal: demanda por direitos e controle/limitação do poder.

De acordo com Neves²⁴, o que ocorre atualmente é que esses problemas têm sido concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, o que implica na existência de uma “relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns.” Em suma, o argumento não deveria ser o de que inúmeros “fragmentos constitucionais” estejam surgindo, mas de que problemas de ordem constitucional têm extrapolado os domínios de ordens jurídicas únicas, especialmente as estatais. Em suma, em muitas das ordens que Teubner classifica como constitucionais Neves sustenta que não se poderia falar plenamente em autonomia constitucional, mas somente em exposição a problemas de natureza constitucional.²⁵

Há no entanto críticas mais profundas quanto ao próprio uso da terminologia constitucional para além do Estado. Nesse sentido, Dieter Grimm pode ser considerado um dos maiores céticos de que falamos na primeira parte deste artigo. Em sua visão, mais do que um mero controle da política pela via do direito, o constitucionalismo herdado das revoluções liberais compreende dois elementos indissociáveis: democracia e *rule of law*.²⁶ Qualquer princípio de legitimação diferente da democracia prejudica irremediavelmente, na visão de Grimm, a função constitucional. Uma vez que os desafios para se alcançar padrões democráticos aceitáveis a nível internacional são enormes, a começar pela dificuldade de se circunscrever um *demos* constitucional, o prognóstico de Grimm é bastante pessimista. Se no contexto europeu ainda se pode pensar a União Europeia como minimamente próxima das conquistas democráticas que marcam a fundação do constitucionalismo, no cenário global Grimm vê as organizações internacionais mais como

²³ NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014, p. 205.

²⁴ NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014, p. 206.

²⁵ NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014, p. 213.

²⁶ GRIMM, Dieter. The Achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (orgs.). *The Twilight of constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 10.



“ilhas em um oceano de relações internacionais tradicionais” do que como partes de um “sistema global de poder público internacional”²⁷.

Crítica semelhante é tecida por Ingeborg Maus, que identifica o constitucionalismo democrático como um momento decisivo do Estado moderno em que o princípio territorial de controle legítimo é substituído pela noção de uma associação de pessoas, isto é, promove-se a formação de uma comunidade política juridicamente constituída.²⁸ O alvo principal da crítica de Maus são as propostas mais robustas de um “Estado global”, mas suas conclusões também podem ser dirigidas às tentativas mais ambiciosas de constitucionalização internacional. Segundo ela, a necessidade de regulações transnacionais que levem em conta as particularidades de diferentes regiões “pode ser mais bem atendida por tratados interestatais (sob os controles democráticos dos Estados-nação) do que por legislações e constituições globais”²⁹. Assim como em Grimm, fica evidente uma preocupação com o declínio do constitucionalismo estatal - mas a resposta de ambos aponta para tentativas de reverter tal tendência salvaguardando a importância dos processos democráticos estatais, e não elaborando formas de compensação via constitucionalismo pós-estatal.

Por fim, uma crítica importante é elaborada por Jean Cohen³⁰, que aponta para os perigos de se utilizar o discurso do constitucionalismo em prol de constitucionalizações simbólicas que na verdade acabam por esconder projetos hegemônicos, tornando-os imunes a críticas acerca de sua legitimidade. Em outras palavras, o risco de uma naturalização de um constitucionalismo nem sempre presente mas que, uma vez reconhecido e considerado como tal, ganha ares de uma regulação mais legítima *porque é* constitucional. Esta é sem dúvida uma ameaça pouco desprezível, ainda que não se possa dizer que as posições aqui apresentadas dissimulem intenções deste tipo. Uma possível forma de minimizar esse risco é adotar o discurso do constitucionalismo de uma forma crítica, e não normativa - isto é, olhar para as conquistas constitucionais como um importante ponto de inflexão, dificilmente alcançável, sobre a tarefa de controlar o poder

²⁷ GRIMM, Dieter. The Achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (orgs.). **The Twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 18.

²⁸ MAUS, Ingeborg. From Nation-state to global state, or the decline of democracy. **Constellations**, Oxford, v. 13, n. 4, p. 465-484, 2006, p. 466-467.

²⁹ MAUS, Ingeborg. From Nation-state to global state, or the decline of democracy. **Constellations**, Oxford, v. 13, n. 4, p. 465-484, 2006, p. 481.

³⁰ COHEN, Jean. **Globalization and sovereignty: rethinking legality, legitimacy, and constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 66.



e impulsionar decisões legítimas, em vez de pensá-las como elementos fixos que funcionem como uma espécie de *checklist* para que uma iniciativa seja considerada constitucional.

CONCLUSÃO

Algumas conquistas históricas do constitucionalismo estão atreladas à forma como ele se desenvolveu no interior dos Estados, forma esta que não pode ser diretamente replicada no contexto transnacional. Mas algumas de suas ferramentas podem servir de inspiração no combate a arbitrariedades e na promoção de direitos independentemente do contexto. A aspiração talvez não precise ser atingir um “constitucionalismo”, mas sim trazer alguns de seus elementos como horizonte de crítica para regimes jurídicos transnacionais. Nesse sentido, a discussão de se há ou não (ou haverá ou não) constitucionalismo passa a ser secundária. Preserva-se o sentido histórico da palavra constitucionalismo ao mesmo tempo em que não se fecha a porta para uma possível contribuição que ela possa trazer aos debates transnacionais contemporâneos.

Como afirma Walker³¹, constitucionalismo e direito público são recursos conceituais e doutrinários que temos à disposição para compreender as circunstâncias particulares em que estamos implicados. Nesse sentido, posições tudo ou nada não contribuem muito para o debate: embora não devam necessariamente subscrever concepções robustas de constitucionalismo e direito público transnacionais, céticos como Grimm e Maus não podem evitar as questões de longo prazo expostas por seus adversários teóricos e nem escapar das respostas particulares que já tem sido dadas por alguns atores transnacionais (bem como o que elas implicam, afinal, a longo prazo).

Por fim, cumpre ressaltar que o próprio constitucionalismo estatal é marcado por diversas tensões - entre coletivo e individual, voz e direitos, supremacia da legislação e finalidade da adjudicação, poder constituinte e autoridade constituída. Identificá-las como obstáculos intransponíveis no espaço transnacional é ignorar que nem sempre as constituições estatais conseguem responder a seus próprios desafios de uma forma equilibrada. Essa última observação é importante para que, perante uma tensão como

³¹ WALKER, Neil. Postnational constitutionalism and postnational public law: a tale of two neologisms. *Edinburgh School of Law Research Paper Series*, Edimburgo, n. 20, 2012.



essa, não se descarte de maneira apressada uma regulação transnacional como não constitucional, mas se compreenda que ela é o retrato de um processo multifacetado cujos resultados são relativamente imprevisíveis.

REFERÊNCIAS

- BIANCHI, Andrea. **International law theories: an inquiry into different ways of thinking**. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- COHEN, Jean. **Globalization and sovereignty: rethinking legality, legitimacy, and constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- COHEN, Jean. The Constitutionalization of international law. In: BRUNKHORST, Hauke et al. (orgs.). **The Habermas Handbook: new directions in critical theory**. Nova York: Columbia University Press, 2018.
- GRIMM, Dieter. The Achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (orgs.). **The Twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. A constitucionalização do direito internacional ainda tem uma chance? In: HABERMAS, Jürgen. **O ocidente dividido**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.
- JOERGES, Christian. Conflicts-law constitutionalism: ambitions and problems. **Zentra Working Papers in Transnational Studies**, Bremen/Oldenburg, n. 10, 2012.
- KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. A emergência de um direito administrativo global. In: BADIN, Michelle (org.). **Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17512/Ensaio-sobre-o%20direito-administrativo-global.pdf>. Acesso em: 08 out. 2022.
- KOSKENNIEMI, Martti. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law - Report of the study group of the International Law Commission**. Genebra: ONU, 2006. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>. Acesso em: 08 out. 2022.
- MAUS, Ingeborg. From Nation-state to global state, or the decline of democracy. **Constellations**, Oxford, v. 13, n. 4, p. 465-484, 2006.
- NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014.
- PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 19, n. 3, p. 579-610, 2006.
- ROTH-ISIGKEIT, David. **The Plurality trilemma: a geometry of global legal thought**. Londres: Palgrave Macmillan, 2018.



TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

WALKER, Neil. Postnational constitutionalism and postnational public law: a tale of two neologisms. **Edinburgh School of Law Research Paper Series**, Edimburgo, n. 20, 2012.

WALKER, Neil. Taking constitutionalism beyond the state. **Political Studies**, Londres, v. 56, p. 519-543, 2008.