

OS NOVOS HORIZONTES PARA O CONSTITUCIONALISMO

Lorena Taveira dos Santos¹

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo evidenciar os fortes desafios que o constitucionalismo atual enfrenta, amplificando assim os horizontes de estudos. Foi usada uma metodologia simplificada por meio de pesquisas bibliográficas e documentais. Os resultados são apresentados de forma descritiva e explicativa, abordando resultados de temas constitucionais da atualidade anteriormente explorados. Existe forte evidência de que nas últimas décadas, o mundo passou por transformações nos aspectos político, econômico, tecnológico ou cultural, devido à grande influência da Globalização. Com as alterações em nível global, o estado, com sua soberania dentro dos limites territoriais vem passando por uma forte crise e sendo submetido a pressões tanto a nível interno como externo. Isso se deve em grande parte ao fato de atualmente existir uma democracia em nível internacional que tende a se desenvolver rapidamente, rumo ao objetivo da visão cosmopolita.

Palavras-chave: Estado. Globalização. Democracia transnacional. Constitucionalismo multinível.

THE NEW HORIZONS FOR CONSTITUTIONALISM

ABSTRACT

This paper aims to highlight the strong challenges that the current constitutionalism faces, thus amplifying the study opportunities. It was used a simplified methodology through bibliographic and documentary research. Results are presented in a descriptive and explanatory way, addressing constitutional issues previously explored. There is strong evidence that in recent decades, the world has undergone transformations in the political, economic, technological and cultural nature, because of the great influence of Globalization. With such global changes, the state, with its sovereignty within the territorial limits, is going through a major crisis and has been subjected to internal and external pressures. This is due to the fact that there is a democracy at international level that tends to develop rapidly towards cosmopolitan vision.

Key words: State. Globalization. Transnational democracy. Multilevel constitutionalism.

¹Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, com especialização em Ciências Jurídico-Política. Jurista. E-mail: lorenataveira@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente estudo procurará verter sobre alguns dos novos horizontes para o constitucionalismo, e no nosso tema central elucidaremos sobre a Democracia Cosmopolita e o Transconstitucionalismo, questões hoje em dia discutidas por muitos autores e que, apesar de nos parecerem novidades constitucionais foram, no entanto, estudadas, desenvolvidas e esclarecidas por alguns deles e já não como meras construções mentais.

Tais temas são de essencial importância, pois na atualidade, nota-se uma grande transformação no mundo. Novas tecnologias, facilidades diante das antigas “barreiras” que estavam perante a economia, aumento de novos entes jurídicos na esfera internacional, diversidade cultural e muitos outros fatores oriundos da globalização faz com que atinja diretamente o Estado e as suas características clássicas.

Sendo assim, procuraremos seguir um caminho simples de compreensão sobre a transformação do Estado Nação e a crise que ele e a própria soberania enfrentam nos dias atuais, pois nosso objetivo central é entender e repassar um pouco sobre os efeitos e impactos da Globalização e a forma como esta afeta o Estado e a sua legitimidade, e faz desenvolver a nível internacional vários temas, entre eles, a proteção dos Direitos Fundamentais Humanos, a Democracia e o próprio Direito Constitucional, diante dessa Jurisdição Global. Por fim, faremos uma breve contextualização sobre a Democracia Cosmopolita, mais um conceito de democracia que agora é ligada ao caráter transnacional e que cada vez mais ganha relevância global, e sobre o Transconstitucionalismo, um novo método, decisivo e fundamental para uma eventual colisão entre ordens jurídicas diversas situadas e interligadas, em níveis diferentes, neste mundo globalizado.

O ESTADO CONSTITUCIONAL NACIONAL

Hoje o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto. O Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. Também é válido o contrário, ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional (HÄBERLE, 2007, p.11-12).

Pode-se dizer que estamos a presenciando uma crise do Estado Nação, aliás, “o Estado está em crise há bastante tempo” (CUNHA, 2007, p.87). O Estado Contemporâneo está a passar por uma forte pressão, quer interna, quer externa. Esse processo contínuo de transformação deve-se as alterações no campo político, jurídico, econômico, social e cultural que vêm a ocorrer nos últimos tempos, influenciadas por diversos fatores como, por exemplo, a globalização.

O Estado Contemporâneo, que é caracterizado por ser um Estado Democrático de Direito, por estar dotado de juridicidade com acesso garantido à justiça, é, antes de mais nada, Constitucional, por ter a Constituição como lei suprema, superior às demais leis. Esse Estado Constitucional, conforme as palavras do professor J. Habermas (2011, p.68) “transforma os cidadãos de uma sociedade em cidadãos democráticos de um Estado”.

Para que o Estado, como “forma normal de organização das sociedades políticas” (QUEIROZ, 2009, P. 23) exista, em sua concepção clássica, é necessário que estejam reunidos três elementos: o Povo, elemento humano do Estado; o Território, onde o Estado exerce o seu poder e o Poder Político, que tem em sua base uma fundamentação e justificação jurídicas, e por isso pode caracterizá-lo como um poder domínio e um poder normativo, por estar em conformidade com o direito. Os dois primeiros

elementos, Povo e Território são considerados os elementos clássicos do Estado.

A soberania, conceito que surgiu nos finais do séc. XVI nos escritos de Jean Bodin, como a autoridade jurídica suprema de um Estado, não se compõe como um dos elementos do Estado. Ela é mais uma característica da própria ordem jurídica, uma qualidade que transparece em alguns Estados, manifestando-se quer pelo lado interno, como um poder autônomo, de auto determinação e não subordinado do Estado, quer pelo lado externo, como um poder que transcende para fora dos limites territoriais, para a ordem internacional fazendo com que este seja reconhecido e respeitado pelos demais Estados, em plena igualdade e independência.

O Estado, nas suas mais variadas formas, Estado Unitário, seja ele simples ou regionalizado, onde só há um único poder ao qual os cidadãos estão subjugados ou Estado Compostos, como União de Estados ou Estados Federais em que o Estado se subdivide em várias entidades, porém unidas por um laço comum, não é dentro da comunidade internacional o único sujeito de direito internacional, mesmo que sejam estes os sujeitos mais antigos, sendo considerados em certo sentido, como sujeitos internacionais por “*antonomásia*” (GOUVEIA, 2008, p.517). Além dos Estados, existem as entidades para estaduais, as entidades interestaduais que têm como principal exemplo as organizações internacionais, como a ONU, as coletividades não estaduais, como a Santa Fé, a FIFA (exemplo de sociedade transnacional) e a própria pessoa humana, que hoje em dia é alvo de grande proteção do direito internacional, ganhando uma posição de destaque a nível global.

Por isso é que o Estado nos dias atuais não é o único paradigma do Direito Internacional Clássico e do Direito Constitucional. Os direitos humanos fundamentais tornaram-se o novo paradigma desses direitos, devendo os Estados es-

tarem sempre ao serviço da pessoa e, os direitos humanos respeitados e protegidos à escala global.

Assim, essa mudança de paradigma, com os diferentes processos a nível transnacional, supranacional e global, e a proliferação dos sujeitos de direito internacional (como as organizações internacionais) que a cada dia mais ganham mais autonomia face ao Estado, faz com que o Direito Constitucional tenha novos horizontes de estudo, pois o Estado Nacional sofre com tais transformações devido à globalização, e a soberania, ora definida territorialmente, sofre agora um confronto com as divisões territoriais, ou seja, a soberania do Estado vai para além das suas fronteiras devido às relações que têm que ter com outros sujeitos, e diante dessa conjuntura de interconexões políticas, económicas, culturais e sociais, acaba por também sofrer uma crise, que podemos definir como uma “*Crise da Soberania*”.

Enfim, nota-se de forma clara e evidente que os efeitos da globalização afetam tanto as relações internas do Estado como as relações externas.

A GLOBALIZAÇÃO E SEUS IMPACTOS

O mundo encontra-se interligado, o Estado em processo de transformação diante desta sociedade complexa, podendo assim afirmar que o Estado Democrático de Direito está em “*construção*” para se adequar a essa nova realidade global. Isso se deve, em grande parte, ao fenómeno da globalização. Com a globalização, fenómeno capitalista, o mundo está mais internacionalizado, pelo fato dos Estados e outros sujeitos internacionais estarem integrados por diversos fatores, gerando mudanças políticas, económicas, sociais, culturais e jurídicas. Esses procedimentos da globalização acabam por funcionar em níveis, pois há uma multiplicidade de sujeitos que acabam por ter poder de governança.

Essa expansão e intensificação de relações acabam por transcender as fronteiras²(2) do Estado, afetando a sua regulamentação e controle, ou seja, outros tipos de governantes entram em “cena” na estrutura mundial, fazendo com que haja, conforme vários estudiosos afirmam, uma governança com governo e uma governança sem governo, onde a primeira terá sempre a interferência do Estado e na segunda existirá interferência de outros sujeitos sem ser o Estado-Nação, como é o caso das Organizações Não Governamentais.

Este mundo “sem barreiras” acaba por ter no plano político um grande impacto em torno do Estado, pois passa a não ser visto como territorialmente delimitado e a sua soberania transcende os limites territoriais, tendo que partilhar em diversos níveis, podendo criar como um confronto com a própria democracia, fazendo criar um verdadeiro conflito de conceitos, pois esse processo de Globalização está para além da ideia da simples expansão econômica e interdependência entre os Estados. A globalização é um processo que traz mudanças no próprio sistema político dos Estados Nacionais, que ao tomarem decisões conscientes, podem afetar não somente os seus cidadãos, mas também a comunidade internacional. E os próprios sujeitos internacionais, além do Estado, tomam decisões que afetam a comunidade internacional, com é o caso de Organizações Internacionais, por exemplo, a ONU - Organização das Nações Unidas, sujeitos internacionais que proliferam e cada vez mais se tornam autônomos em relação aos seus direitos.

Todavia, o Estado permanece, ainda que modificado, tentando fortalecer-se e manter-se como unidade institucional ainda indispensável, mesmo redimensionado no seu

papel e nas formas de exercitar e de legitimar a sua autoridade. E o homem continua a ser a peça para o desenvolvimento da sociedade política, tendo sempre como objetivo o respeito contínuo da dignidade da pessoa humana onde “Jürgen Habermas sugere o caminho: pensar a pessoa, pensar a sua dignidade, pensar os povos, pensar a dignidade destes, pensar a dignidade da pessoa humana, pensar a dignidade dos povos” (HABERMAS, 2011, p. 10 ss.). e a busca pela “Paz Perpétua” no contexto global, consoante observa-se nas seguintes palavras de Kant (1795):

O estado de paz entre os homens que vivem juntos não é um estado de natureza (status naturalis), o qual é antes um estado de guerra, isto é, um estado em que, embora não exista sempre uma explosão das hostilidades, há sempre todavia uma ameaça constante. Deve, pois, instaurar-se o estado de paz; a omissão de hostilidades não é ainda a garantia de paz e, se um vizinho não proporcionar segurança a outro (o que só pode acontecer num estado legal), cada um pode considerar como inimigo a quem lhe exigiu tal segurança (KANT, 1795, p. 10).

Mas até que ponto o Estado pode legitimar sua autoridade neste contexto multinível diante da globalização? Antes, o Estado era definido territorialmente, agora com as mudanças capitalistas vê-se confrontado com relações interestaduais, em cooperação com as organizações internacionais, que desenvolveram o próprio Direito Internacional, ampliando assim as suas funções e as suas atividades. Nesta linha de pensamento, quando fala-se em legitimidade, conceito discutido por muitos autores, estará a referir a uma obrigação (política) de proteção de bens e interesses comuns, a proteção e promo-

² Sobre esse movimento de expansão para além das fronteiras do Estado, ver também Held (1995, p.16 e ss.).

ção da paz, da segurança e da justiça comuns, implicando ainda a aceitação e a obediência a uma dada ordem, por orientação positiva, acreditando que é necessário um mínimo de consentimento ou submissão voluntária. Por isso o conceito de legitimidade pode ser articulado com outros como o de autoridade, mas afastando-se do conceito estrito de força física.

Há vários tipos de legitimidade, mas no presente artigo referirá a dois tipos, a “out put legitimacy” e a “in put legitimacy”. O que difere uma da outra é o fato da primeira ser caracterizada pela condição criada pelo Direito de garantir a manutenção da ordem, da segurança e a promoção da paz, tanto a nível interno como a nível externo, incluindo o crescimento económico e o bem-estar social. E a segunda – in put legitimacy – é caracterizada pelo respeito e proteção dos direitos fundamentais a nível interno do Estado como a nível internacional. Assim, a forma democrática ganha relevância pluralista, com mais participação a nível político, pois o homem vê a sua própria dignidade e as dos demais cidadãos da comunidade internacional protegidas e os seus direitos fundamentais garantidos, logo pode dizer-se que é uma legitimidade democrática, ou seja, com a “out put legitimacy” a legitimidade adquire-se dentro da própria governança do Estado. O Estado deve trabalhar de forma efetiva, seguindo todo um procedimento específico para que a sua legitimidade seja positiva. Com a “in put legitimacy”, tanto a nível interno como a nível externo, tem que exercer os seus direitos, logo, há também a vontade de participar, garantindo então o direito de participação democrática e o direito da autodeterminação que, como refere o Professor Gomes Canotilho (2011):

o princípio da autodeterminação deve ser reinterpretado não apenas no sentido de que os “povos” devem deixar de

estar submetidos a quaisquer formas de colonialismo, mas também no sentido de que a legitimação da autoridade e da soberania política pode e deve encontrar suportes sociais e políticos a outros níveis – supranacionais e subnacionais - diferentes do “tradicionalismo” e “realístico” Estado Nação (CANOTILHO, 2011, p.1317).

O cidadão, aqui, é, simultaneamente, criador e sujeito do direito. Desta forma, e diante destas questões que giram em volta da globalização, o Estado confronta-a com o desafio de legitimar a autoridade pública para além das fronteiras do território, que ainda hoje tem importância para definir a nacionalidade (porém, não chega para explicar o poder da legitimidade) e com o forte desafio de existir uma democracia de governo para além do próprio Estado. Há autores, como Dieter Grimm (QUEIROZ, 2011, p.36), que acham impossível existir essa legitimidade da autoridade pública para além do Estado, devido à inexistência de uma comunidade política em comum. O problema é que há um défice na legitimidade “in put legitimacy”, essa legitimação ainda é uma questão problemática, pois a autoridade pública existe para além do Estado, mas as fontes de legitimação ainda continua nas “mãos do Estado Nação. Mas isso torna-se cada dia mais ultrapassável, pois as interações e relações transnacionais fazem com que o poder de decisão não esteja somente nas mãos do Estado. As Organizações Internacionais, e outros sujeitos internacionais, têm um forte “peso” no controlo do poder e na própria criação de regras vinculantes, fundamentais para a forma de legitimação e proteção dos Direitos do Homem a nível global, trazendo grandes mudanças na estrutura da própria sociedade.

Com isto, o debate em torno da globalização, processo que faz florescer a busca pela cooperação internacional, encerra um confronto

entre duas grandes teorias: de um lado temos os *particularistas*, presos a valores conservadores, identidades e formas de vida locais fossilizadas, que na sua compreensão tradicional defendem o Estado Nação, afirmando que se não há “demos” não há direito de autodeterminação, sendo impossível haver legitimação da autoridade para além das fronteiras do Estado, isto é, o poder do Estado e a democracia estão “presos” dentro do espaço territorial definido pelo Estado, pois “povo” emerge somente pelo Estado, e do outro, temos os *universalistas*, que defendem valores desarraigados, desenraizados de contextos culturais específicos. Para os universalistas os elementos democráticos e a defesa dos direitos humanos são mais amplos a nível global. Não há, para eles, um limite territorial, previamente definido, a democracia constitucional transcende para o espaço global, pois os direitos fundamentais tornaram-se o novo paradigma, ou seja, uma conceção baseada no princípio da autodeterminação coletiva. Afirmam que somente com uma democracia cosmopolita poderá atender às necessidades da Humanidade, face aos desafios da globalização

O que seria essa Democracia Cosmopolita? Quais seriam as suas características fundamentais?

DEMOCRACIA COSMOPOLITA

As mudanças vêm ocorrendo rapidamente, em grande escala e com tamanha visibilidade global como nunca antes visto” (COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL, 1996, p.5.)

A democracia tem a sua origem em duas palavras gregas: *Kratos* (poder) e *Demos* (povo), logo a democracia é o poder do povo, e começou a existir no Séc. V a.C. em Atenas. Ela possui diversos significados e diversas aceções.

Pode ser identificada como o “bom governo”, ideia que remonta à República de Roma e que podemos encontrar ainda em Maquiavel, e seria esse bom governo um “governo misto” como resulta dos escritos de Aristóteles e Políbio³(3). Também, encontra-se esse termo nos escritos de Rousseau, que acompanhou muitas vezes a retórica da Revolução Francesa. Além da clássica definição de que a Democracia é o regime de governo em que o poder de tomar as grandes decisões está nas mãos dos cidadãos, Abraham Lincoln caracterizava-a de: “Poder do povo, pelo povo, para o povo” e há muitas desinências do termo em geral, que normalmente limitam o seu alcance, como, por exemplo, “democracia popular, democracia burguesa, democracia formal, democracia ética, democracia técnica, democracia representativa, democracia direta, democracia participativa, democracia política, econômica, social, cultural denre, etc” (CUNHA, 2008, p.157), como uma das mais recentes, a democracia cosmopolita.

A democracia cosmopolita seria, então, a democracia em bases transnacionais, para além das fronteiras do Estado Nação, ou seja, a democracia passaria a ter uma prática transnacional e não puramente nacional. A sua relação seria diretamente com o sistema internacional, devido aos efeitos da globalização, e na institucionalização de um sistema democrático global de governança. A governança global pode definir-se como o governo que viabiliza a solidariedade entre os povos, pretendendo mostrar e comprovar que é possível um mundo onde todos os povos e governos fossem cooperativos para a manutenção da vida humana. Com isso, o povo teria uma participação direta nestes assuntos em torno da vida humana, isto é, o povo e o governo trabalhariam em conjunto nas decisões políticas internacionais, como uma

³ Sobre os diversos significados e aceções do termo Democracia, ver também Cristina Queiroz (2009, p. 399).

integração societária global, e os Estados, entre si, conviveriam em paz uns com os outros, de forma democrática e universal, conforme sustenta Kant (1795) na sua tese sobre a “Paz Perpétua”, onde afirma que o direito cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade:

fala-se aqui, como nos artigos anteriores, não de filantropia, mas de direito, e hospitalidade significa aqui o direito de um estrangeiro a não ser tratado com hostilidade em virtude da sua vinda ao território de outro. Este pode rejeitar o estrangeiro, se isso puder ocorrer sem dano seu, mas enquanto o estrangeiro se comportar amistosamente no seu lugar, o outro não o deve confrontar com hostilidade. Não existe nenhum direito de hóspede sobre o qual se possa basear esta pretensão (para tal seria preciso um contrato especialmente generoso para dele fazer um hóspede por certo tempo), mas um direito de visita, que assiste todos os homens para se apresentarem à sociedade, em virtude do direito da propriedade comum da superfície da Terra, sobre a qual, enquanto superfície esférica, os homens não se podem estender até ao infinito, mas devem finalmente suportar-se uns aos outros, pois originariamente ninguém tem mais direito do que outro a estar num determinado lugar da Terra (KANT, 1795, p. 20).

Essa tese da democracia cosmopolita recebeu, desde os anos 90, maior atenção. Com os impactos da globalização, os movimentos culturais, a união de diferentes culturas, povos e raças, o complexo deslocamento das fronteiras da economia, da cultura e da política fez com que aumentasse a pressão para essa mudança global, buscando assim novas formas de governo para além das fronteiras do Estado Nacional.

Com a democracia cosmopolita, aposta-se numa sociedade civil mundial e numa ética

universal dos direitos humanos. Habermas (1997) explica que:

o atual significado da expressão “sociedade civil” não coincide com o da “sociedade burguesa”, da tradição liberal, que Hegel chegara a tematizar como “sistemas das necessidades”, isto é, como sistema do trabalho social e do comércio de mercadorias numa economia de mercado. Hoje em dia, o termo de “sociedade civil” não inclui mais a economia constituída através do direito privado e dirigida através do trabalho, do capital e dos mercados de bens, como ainda acontecia na época de Marx e do marxismo. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não económicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem-nos, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro das esferas públicas (HABERMAS, 1997, p. 99).

Através desse conceito faz imaginar como seria, então, uma sociedade civil mundial. Seria, então, uma sociedade livre apoiada nos direitos humanos fundamentais, protegidos e garantidos a todos, sem qualquer discriminação, na qual se iriam tratar de assuntos de interesse geral, com a participação direta do povo através de associações livres e atores não estatais, onde “se entrelaçariam” com as políticas de governo, a democratização do sistema internacional apoiar-se-ia na interação e na integração desses três fatores: sistemas

políticos nacionais democráticos, globalização e governança internacional.

Segundo Dahl (1994 citado por Villa e Tostes, 2006, p.85), estará vivendo a era da terceira grande transformação das dimensões democráticas: a era da transnacionalidade da política. Diante do aumento das dimensões territoriais, pode-se “perder democracia”. Um mundo globalizado pressupõe que a participação e o controle democrático se tornem cada vez mais difíceis, distantes, ineficientes, inacessíveis – devido, ainda, a múltiplas influências e vias de coercitividade. Por isso, é preciso repensar os mecanismos de participação na democracia contemporânea – não mais direta, não mais nacional, representativa, mas transnacional. Mas diante disso tudo, convém pensar nos impactos que esse desenvolvimento da democracia para uma esfera transnacional terá sobre os conceitos de legitimidade e representação, pois seria como deslocar o núcleo central da soberania nacional para as organizações internacionais, como a ONU, onde se representaria a sociedade civil internacional. Há o conhecimento de que “o aumento do poder das organizações internacionais, de facto, enfraquece os procedimentos democráticos dos Estados Nacionais, na medida em que as funções dos mesmos são transferidas para o nível de governação mundial” (HABERMAS, 2011, p.77). As Nações Unidas como, por exemplo, são uma organização supranacional constituída por 193 Estados e entre o nível supranacional e o nível nacional desenvolveu-se um nível transnacional com um grande número de organizações, como a OMS, OIT, FMI e outras. Assim sendo, Habermas (2011, p.118) sugere que “as nações unidas deveriam ser reorganizadas como comunidade política de Estados e Cidadãos e, simultaneamente, deveriam restringir-se as funções nucleares de garantia da paz e implementação global dos direitos humanos”.

Grandes teóricos como têm uma visão sobre a democracia cosmopolita de forma positiva e otimista. Defendem a necessidade da democratização do sistema internacional, pois o aumento dos efeitos complexos da atual sociedade mundial, faz com que não haja um controlo político efetivo por parte dos Estados Nacionais, restringindo o seu espaço de manobra, causando desta forma a necessidade de alargar as suas capacidades políticas para além das fronteiras do Estado, para que resulte assim o próprio sentido normativo da democracia, pois se as democracias fossem mais pacíficas, a paz internacional dependeria da extensão progressiva dos Estados democráticos. Ou seja, o crescimento dos Estados democráticos levaria o sistema internacional a ser mais democrático.

Da mesma maneira, há autores que têm uma visão negativa sobre a democracia cosmopolita, como afirmam os realistas elitistas contemporâneos que:

acreditam que o padrão ideal de relações internacionais é aquele no qual apenas um grupo especializado teria acesso às decisões políticas, pois deve evitar-se a influência da opinião pública por estar sempre submetida a paixões e manipulações, além da pressão de interesses setoriais. Essa postura vê-se refletida também na passagem de Tocqueville que sugere que a dificuldade das democracias está em buscar realizações de objetivos permanentes e levar adiante sua execução. Assim, além dos assuntos de guerra e paz, a democracia como forma de governo também estaria ligada à questão da eficiência na condução da política externa. Por essa razão, para Tocqueville, a democracia é considerada incompatível com a participação prudente na política internacional” (VILLA e TOSTES, 2006, p.74).

Para Tocqueville (1987):

A política exterior não exige o uso de quase nenhuma das qualidades que são convenientes à democracia, e pelo contrário determina o desenvolvimento de todos aqueles que lhe faltam. A democracia favorece o crescimento dos recursos interiores do Estado; propaga o conforto, desenvolve o espírito público; fortifica o respeito pela lei nas diferentes classes da sociedade, coisas que só têm influência indireta sobre a posição de um povo perante o outro. Mas a democracia só dificilmente poderia coordenar os detalhes de uma grande empresa, deter-se num propósito e depois segui-lo obstinadamente através dos obstáculos. É pouco capaz de combinar medidas em segredo e de esperar pacientemente os seus resultados. São essas qualidades que pertencem mais particularmente a um homem ou a uma aristocracia. Ora, são precisamente essas qualidades que, afinal, vêm a fazer com que um povo, como indivíduo, acabe por dominar” (TOCQUEVILLE, 1987, p.177).

Enfim, com os impactos da globalização sobre as instituições democráticas, é necessário repensar a natureza da democracia liberal sobre essa sociedade civil internacional. Os desdobramentos tecnológicos, econômicos e culturais da globalização redimensionam as funções do Estado, que se deslocam para outras instituições, como é o caso das organizações internacionais, “minando” assim a soberania estatal, pois há uma perspectiva de perda da territorialidade, sendo esta perda relacionada com o próprio exercício legítimo da soberania do Estado, porque a ideia de comunidade democrática, seja ela nacional ou cosmopolita, traz à tona, certamente, noções como a determinação de uma fonte de legitimidade, uma

questão que continua difícil de resolver. Assim, uma solução para a legitimidade democrática diante dessa nova demanda de poder, segundo Held (1991 citado por Villa e Tostes, 2006, p.94), “era criar novas ofertas de participação, novos espaços de exercício dos direitos civis, de modo a que se faça uma interconexão também do controlo democrático.”

Não pode deixar de referir que com a globalização de processos como o meio ambiente, os direitos humanos, os direitos raciais, de gênero, entre outros, surgiram novas categorias de direitos para os quais a unidade política territorial democrática tem uma resposta lenta, porque a velocidade na demanda supera amplamente a velocidade e eficácia com que é gerada a resposta nacional. Porém, a ‘sociedade civil internacional’ não gerou regras democráticas próprias e eficazes.

Sendo assim, terá que afirmar que essa mudança para uma democracia cosmopolita, com base em uma constituição política mundial de acordo com a sociedade civil deixou de ser uma mera construção mental. Busca-se, com a democracia cosmopolita, a constituição de uma comunidade de cidadãos do mundo, uma comunidade cosmopolita em que o conceito central seria uma cooperação constitucional entre cidadãos e Estados, de forma solidária, construída com base na multiculturalidade de cidadãos, garantindo a máxima proteção e proliferação de forma ética dos direitos humanos.

TRANSCONSTITUCIONALISMO

Os sistemas internacionais e os sistemas nacionais não constituem unidades separadas, mas integradas. Com a globalização, o direito universalizou-se. Conforme já foi referido, busca-se e fala-se hoje em democracia cosmopolita. Criou-se assim uma rede de Estados Nacionais,

com integração política em níveis cujo fenômeno não se apresenta como transitório, pois o mundo vem-se transformando gradualmente e o próprio Estado traz consigo múltiplas transformações tanto a nível interno como externo. Essa relação é caracterizada pela relação do direito internacional, do direito supranacional com o direito interno dos Estados, formando em conjunto um sistema político de níveis que em caso de conflito, por exemplo, entre o direito interno e o direito supranacional, vai impor o direito supranacional, mas para tudo o resto o direito de nível mais baixo é conservado, não perdendo assim sua validade.

Este sistema de múltiplos níveis faz desenvolver sucessivos problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas, e que cada dia se tornam mais frequentes. Tais problemas implicam resolução e envolvimento de tribunais estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais (os chamados tribunais arbitrais) e as instituições jurídicas nativas. Assim, com o objetivo de esclarecer e especificar as relações do direito internacional, supranacional com o direito constitucional interno dos Estados desenvolveu-se a concepção de “Constitucionalismo Multinível” (PERNICE, 1999).

Além de constitucionalismo multinível, há outras formas de designação como, por exemplo, Jurisdição Global, Interjusfundamentalidade, Constitucionalismo Global (CANOTILHO, 2011), Estado Constitucional Cooperativo (HÄBERLE, 2007), Transconstitucionalismo (NEVES, 2009), Jurisdição Cosmopolita, Jurisdição Internacional, Interconstitucionalidade (RANGEL, 2012) e outras.

Aqui explicitará a designação de Transconstitucionalismo, instituída pelo Professor Marcelo Neves (2009) nos seus estudos, onde demonstra a superação do “constitucionalismo provinciano ou paroquial pelo “transconstitucionalismo”, mais adequado para a solução dos

problemas de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima de poder. Não há dúvida que o tema terá que ser aprofundado e repensado, especialmente diante dessa tendência de globalização do direito constitucional, chegando alguns autores, como Canotilho, a sugerir, inclusive, a formulação da denominada teoria da interconstitucionalidade, na busca de se estudar “as relações interconstitucionais, ou seja, a concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político” (LENZA, 2012, p.198).

Há situações jurídicas problemáticas em que se invoca mais de um tribunal para a solução do caso, muitas vezes não existem normas para a solução de conflitos de competência, e quando há normas de competência, muitas vezes não há convergência por parte dos tribunais. Segundo Neves (2012),

do ponto de vista da ordem estatal, o crescente envolvimento dos tribunais constitucionais nessas questões, nas quais o modelo clássico de ratificação vem paulatinamente perdendo significado, fortalece o caráter de problemas constitucionais referentes a direitos humanos ou fundamentais ou concernentes à questão de limitação e controlo do poder, envolvendo pretensões que ultrapassam o âmbito de validade específico da ordem interna. Do ponto de vista da ordem internacional, isso significa a incorporação das questões constitucionais no âmbito de competência dos seus tribunais, que passam a levantar a pretensão de decidir com caráter vinculatório imediato para agentes e cidadãos dos Estados (NEVES, 2012, p.108).

Há uma diversidade de transconstitucionalismos entre as diversas ordens jurídicas, podendo ser somente entre duas ou numa plura-

lidade destas, em que se caracteriza por ser em hierarquias entrelaçadas.

No transconstitucionalismo entre o direito internacional público e o direito estatal encontramos exemplo, na União Europeia que envolve o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) ou o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em confronto com o direito e culturas constitucionais consolidadas dos respetivos Estados Membros. Também, encontramos exemplos, e com muita frequência, na América que envolvem e desenvolvem diversas relações entre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e os Estados signatários que ratificaram a convenção, como o Brasil, os Estados Unidos, Paraguai, México e muitos outros, que muitas vezes têm que aceitar as decisões impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por causa da receção e da adesão feita pelo próprio direito constitucional interno. Porém, muitas vezes, essas decisões não se conformam com o direito interno e entram em colisão. Há diversos casos em que a norma internacional de proteção dos direitos humanos ao ser invocada pode apresentar-se como uma restrição a direitos fundamentais da Constituição estatal, e assim o transconstitucionalismo é decisivo e fundamental para o sucesso nessa área de colisão, pois o internacionalismo e o nacionalismo, podem levar a atitudes destrutivas para os direitos humanos ou fundamentais, quando envolvidos.

Em torno do transconstitucionalismo entre ordens internacionais e ordens estatais, Marcelo Neves (2012, p.113) aponta para a necessidade de superação do tratamento provinciano de problemas constitucionais pelos Estados, sem que isso nos leve à crença na última ratio do direito internacional público: não só aqueles, mas também este pode equivocar-se quando confrontado com questões constitucionais, inclusive com problemas de direitos humanos.

No transconstitucionalismo entre o direito internacional supranacional e o direito estatal, um exemplo claro é o caso da União Europeia face aos Estados Membros. No transconstitucionalismo entre as diversas ordens jurídicas estatais temos muitos casos na América Latina e também nos Estados Unidos da América, em que vem a desenvolver-se uma “conversão” transconstitucional mediante referências recíprocas a decisões de tribunais de outros Estados. Como, por exemplo, no Brasil o transconstitucionalismo com outras ordens jurídicas vem-se desenvolvendo sensivelmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O transconstitucionalismo entre as diversas ordens jurídicas estatais e transnacionais é uma das áreas mais cativantes, pois é um relacionamento em sentido estrito entre ordens normativas não estatais, como as organizações privadas ou quase públicas. Podemos citar vários exemplos, seja em relação à *lex mercatória*, à *lex sportiva* e à *lex digitalis*, como as relações que envolvem a FIFA (Fédération Internationale de Football Association), a WADA (World Anti-Doping Agency), a CAAD (Comissão de Apelação e Arbitragem do Desporto) e outras. Essas conexões entre as ordens transnacionais e as ordens estatais dificilmente se apresentam de forma isolada, envolvendo em muitos casos uma pluralidade de ordens de diversos tipos, sejam eles, estatais, internacionais e supranacionais.

Outro tipo de transconstitucionalismo em que há uma lista extensa de experiências na América Latina é o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e as ordens locais extra-estatais, que envolve assuntos com características antropológicas e culturais de um determinado povo nativo. Na maioria dos casos os problemas jurídicos são em torno dos direitos fundamentais, em que não há qualquer tipo de entrelaçamento entre a ordem normativa nativa e a ordem constitucional do Estado envolvido.

O transconstitucionalismo num sistema jurídico mundial de diversos níveis, ou seja, um transconstitucionalismo pluridimensional é caracterizado por ser um sistema multicêntrico, no qual, embora haja hierarquia no interior das ordens, prevalece entre elas as relações heterárquicas, em que não há um controle vertical, mas sim uma relação consensual. Há uma hierarquia entrelaçada, umnexo circular entre as ordens que é incompatível com uma conexão escalonada. Com isso, os entrelaçamentos transconstitucionais podem apresentar-se sempre que um problema constitucional se torne relevante, entre ordens supranacionais, internacionais, estatais, transnacionais, locais e outras.

Há, também, o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos. Os direitos humanos, um grande debate dos dias atuais, que ganha a cada dia mais uma dimensão global em quase todos os sentidos, surgiu no âmbito dos Estados como um problema jurídico-constitucional, e hoje move-se repetidamente através de todos os tipos de ordens jurídicas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos.

Neves (2012, p.134) sugere um método para o transconstitucionalismo. O método, segundo ele, “não pode ter como ponto de partida uma determinada ordem jurídica, muito menos as ordens das mais poderosas, assim os problemas constitucionais que se apresentam enredando as diversas ordens”. Num mundo de problemas constitucionais comuns para uma pluralidade de ordens jurídicas, o método transconstitucional parece mais adequado à passagem de uma simples situação de fragmentação desestruturada para uma diferenciação construtiva entre ordens jurídicas, no plano de suas respectivas autofundamentações, do que métodos hierárquicos lineares definitivos, sejam esses internacionais, estatais, supranacionais, transnacionais, ou jurídico antropológicos locais. Quando se fala em fragmentação, quer-se designar a falta de unidade do

direito na sociedade mundial, assim, o transconstitucionalismo, de acordo com o sistema jurídico, serve como um modelo estrutural de conexão funcional entre esferas funcionais fragmentadas da sociedade mundial.

Cabe esclarecer que o transconstitucionalismo é ainda um recurso escasso da sociedade mundial, e há condições negativas à sua realização. Porém, ele carrega em si uma dimensão positiva para o desenvolvimento da racionalidade transversal entre as ordens jurídicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo é uma criação cultural por excelência. Enquanto “realização cultural”, o constitucionalismo, como toda a obra humana, enfrenta novos desafios e novos horizontes de estudo, necessitando sempre de novos processos para se afirmar no futuro. Assim, são vários os novos desafios e horizontes para o constitucionalismo.

Um deles refere-se à transformação do Estado Nação. O Estado vem sofrendo profundas transformações. Fala-se até numa crise do Estado Nação a na perda da sua soberania face a governança global. Logo, fala-se na crise da soberania. Compreende-se que com a Globalização, fenômeno do mundo capitalista contemporâneo que traz consigo mudanças culturais, econômicas, sociais, jurídicas e políticas, o Estado Nacional necessita construir novos meios de ação para atuar neste mundo sem barreiras. Nos últimos anos intensificou-se a relação dos Estado com outros entes, sujeitos de Direito Internacional, como é o exemplo típico das organizações internacionais. Essas relações intensas transcendem para além das fronteiras do Estado, e muitas vezes eles perdem o controle e a forma de regulamentação, pois não são os únicos nos dias atuais a criar normas e regras vinculantes.

Diante dessas transformações, perante a globalização, coloca-se o desafio, muito discutido e de difícil resolução, quanto à legitimidade democrática. Alguns defendem que a legitimidade democrática só existe dentro dos limites territoriais do Estado, devido ao “demos” e à soberania. Outros defendem que há legitimidade para além das fronteiras do Estado, colocando em questão o próprio conceito de território (que ainda é relevante para muitas questões). Assim, perante essa transcendência para além das fronteiras do Estado, outras questões vão surgindo como a da Democracia Cosmopolita e do Transconstitucionalismo, que podem ser considerados outros horizontes para o constitucionalismo.

A Democracia Cosmopolita é caracterizada por ser uma democracia transnacional em que se aposta numa sociedade civil internacional e numa ética universal dos direitos humanos, e que diante desse mundo globalizado merece uma grande atenção e desenvolvimento, pois há que estabelecer novos meios de participação democrática. Quanto ao Transconstitucionalismo, por fim, pode referir que, sendo os sistemas políticos (internacionais e nacionais) interligados e que devem interagir entre si com à máxima cooperação, cabe-lhe saber lidar com as situações de colisão entre as ordens jurídicas em níveis, solucionando as questões com a maior justiça possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed., Almedina, 2011.
- COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. **Nossa Comunidade Global**. O Relatório da Comissão sobre Governança Global. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1996.
- CUNHA, P. F. da. **Direito Constitucional Aplicado**. Lisboa: Quid Juris, 2007.
- CUNHA, P. F. da. **Direito Constitucional Aplicado**. Lisboa: Quid Juris, 2008.
- GOUVEIA, J. B. **Manual de Direito Internacional Público**. 3.ª Ed, Coimbra: Almedina, 2008.
- HÄBERLE, P. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HARBERMAS, J. **Direito e Democracia – Entre facticidade e validade**. Vol. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HARBERMAS, J. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Prefácio de José Joaquim Gomes Canotilho. Edições 70, Lda, 2011.
- HELD, D. **Democracia e a Ordem Global - Do Estado Moderno ao Governo Cosmopolita**. Cambridge: 1995.
- KANT, I. **A Paz Perpétua – Um projecto filosófico**. LusosofiaNet: 1795. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf.
- LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª Ed. – Revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2012
- NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NEVES, M. **Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência Latino-Americana**. In: COLÓQUIO COMEMORATIVO “REVISITAÇÃO DO CONSENSO CONSTITUCIONAL”, Lisboa. **A A.V V. Tribunal Constitucional – 35º Aniversário da Constituição de 1976**. 1ª Ed. Vol. I, Coimbra: 2012, p. 107-150.
- RANGEL, P. Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade. In: COLÓQUIO COMEMORATIVO “REVISITAÇÃO DO CONSENSO CONSTITUCIONAL”, Lisboa. **A A.V V. Tribunal Constitucional – 35º**

- Aniversário da Constituição de 1976.** 1ª Ed. Vol. I, Coimbra: 2012, p. 151-174.
- PERNICE, I. **Constitucionalismo Multinível e o Tratado de Amsterdã.** 1999.
- QUEIROZ, C. **Direito Constitucional Internacional.** 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011.
- QUEIROZ, C. **Direito Constitucional – As instituições do Estado Democrático e Constitucional.** Co-edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Editora Coimbra, 2009.
- VILLA, R. D.; TOSTES, A. P. B.. **Democracia cosmopolita versus política internacional.** Lua Nova: São Paulo, 66: 69-107, 2006
- TOCQUEVILLE, A. de. **A democracia na América.** Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.