

DIREITO PÚBLICO TRANSNACIONAL: POR UMA COMPREENSÃO SISTÊMICA DAS ESFERAS TRANSNACIONAIS DE REGULAÇÃO JURÍDICA¹

Transnational Public Law: for a systemic interpretation of the transnational spheres of juridical regulation

Derecho Público Transnacional: por una comprensión sistémica de las esferas transnacionales de regulación jurídica

Anderson Vichinkeski Teixeira²

-
- 1 A pesquisa que dá origem a este artigo iniciou, ainda nos meses de janeiro e fevereiro de 2013, enquanto o autor atuava como professor visitante na Faculdade de Direito da *Universidad de la Republica del Uruguay*, com recursos do “Programa de Bolsas Ibero-Americanas para Jovens Professores e Pesquisadores Santander”, destinada a professores de programas de pós-graduação brasileiros. Durante o ano de 2013 e início de 2014, estudos na *Goethe Universität / Frankfurt am Main* colaboraram para os desdobramentos gerais da pesquisa.
- 2 Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze* (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Estágio pós-doutoral junto à *Università degli Studi di Firenze*. Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado e consultor jurídico. Outros textos em: www.andersonteixeira.com – *E-mail*: andersonvteixeira@hotmail.com.

Resumo: No presente artigo objetivamos enfrentar como problema de pesquisa a formação de um Direito Público transnacional, apresentando como hipóteses a formação de uma constituição transnacional, com a consequente institucionalização de estruturas normativas tipicamente transnacionais, enquanto que, por outro lado, consideraremos a hipótese de se tratar de um mero resultado dos processos de integração internacional. O objetivo geral será analisar a formação do constitucionalismo transnacional e a de um Direito Público transnacional. Para isso, analisaremos o desafio, em um primeiro momento, do constitucionalismo em se situar entre os paradigmas nacionais e transnacionais. No item seguinte, será feita uma proposta de um possível conceito de Direito Público transnacional. Por fim, a função de acoplamento estrutural deste Direito será examinada em seus principais caracteres.

Palavras-chave: Teoria Constitucional. Transnacionalização. Constitucionalismo Transnacional. Direito Público Transnacional.

Abstract: This article addresses the research problem of the formation of a transnational public law, proposing as a hypotheses the formation of a transnational constitution, with the consequent institutionalization of typically transnational normative structures. On the other hand, we consider the hypothesis that it is a mere result of the processes of international integration. The general objective is to analyze the formation of transnational constitutionalism and of a transnational public law. We therefore analyze the challenge of constitutionalism in situating itself between the national and transnational paradigms. In the following section, a possible concept of transnational public law is proposed. Finally, the role of structural coupling of this Law will be examined in terms of its main characters.

Keywords: Constitutional Theory. Transnationalization. Transnational Constitutionalism. Transnational Public Law.

Resumen: En el presente artículo queremos enfrentar como problema de investigación la formación de un Derecho Público

transnacional, presentando como hipótesis la formación de una constitución transnacional, con la consecuente institucionalización de estructuras normativas típicamente transnacionales, mientras que, por otro lado, consideraremos la hipótesis de tratarse de un mero resultado de los procesos de integración internacional. El objetivo general será analizar la formación del constitucionalismo transnacional y la de un Derecho Público transnacional. Para ello analizaremos, en una primera etapa, el desafío del constitucionalismo en ubicarse entre los paradigmas nacionales y transnacionales. En el ítem siguiente se hará la propuesta de un posible concepto de Derecho Público transnacional. Por último, se examinará la función de acoplamiento estructural de este Derecho en sus principales características.

Palabras clave: Teoría Constitucional. Transnacionalización. Constitucionalismo Transnacional. Derecho Público Transnacional.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista os diversos processos de globalização e a transnacionalização do fenômeno jurídico, seria possível sustentar a formação de um Direito Público transnacional? Na presente pesquisa pretendemos enfrentar esse problema e apresentar como hipóteses a formação de uma constituição transnacional, com a consequente institucionalização de estruturas normativas tipicamente transnacionais, enquanto que, de outra sorte, analisaremos a hipótese de se tratar de um mero resultado dos processos de integração internacional, seguindo o que seria apenas um natural evoluir das relações internacionais. Todavia, o objetivo geral será analisar a formação do constitucionalismo, em suas principais vertentes, e do Direito Público, culminando com as versões transnacionais tanto de um quanto de outro que se encontra em pleno desenvolvimento nessas primeiras décadas do século XXI.

Parece inevitável reconhecer a dificuldade conceitual do termo constituição, o que acaba se tornando um primeiro óbice para uma constituição cosmopolita,

como a que muitos defendem, em especial Otfried Höffe.³ Um constitucionalismo transnacional precisaria conformar-se com as ordens constitucionais existentes, concentrando suas competências em temas notadamente transnacionais, como, por exemplo, Günter Teubner e Andreas Fischer-Lescano referem o Direito Constitucional transnacional voltado para a solução de conflitos normativos.⁴

No entanto, ao Direito Constitucional transnacional seria necessário atribuir um número maior de competências, do que simplesmente a solução de conflitos normativos, pois existem diversos desequilíbrios nas relações internacionais e demandas por inclusão, bem como pelo reconhecimento de direitos, que precisam ser enfrentadas por uma área do Direito que esteja devidamente estruturada. Recorde-se que autores como Anne Peters sustentam que novas demandas globais chamam por um “constitucionalismo compensatório”. Ela fala em três consequências do enfraquecimento das ordens constitucionais nacionais pelos processos de globalização: (1) os Estados nacionais estão sendo progressivamente desconstitucionalizados mediante a transferência de poder e prerrogativas para atores não estatais característicos da esfera transnacional; (2) a ausência de legitimidade democrática das formas de Direito criadas pelas ações dos agentes que atuam na ordem transnacional; (3) a ausência de mandato democrático no âmbito da *governance* transnacional.⁵ Peters afirma que “a conclusão que se pode tirar de tudo isso, caso se queira preservar um nível mínimo de governança democrática, é de que devemos então mover para além do Estado e estabelecer estruturas democráticas, transnacionais e compensatórias.”⁶

No entanto, no presente estudo buscamos propor uma interpretação que não seja meramente compensatória em relação ao fenômeno constitucional, mas que esteja em condições de repensar a adequação da tradicional matriz nacionalista do constitucionalismo às demandas que surgem na ordem internacional. Para

3 Para um maior aprofundamento no tema, ver HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

4 Ver TEUBNER, Günther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Law Journal of International Law*, Vol. 25, 2004, p. 999-1045.

5 PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: the Function and Potential of Fundamental International Norms and Structure. *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, 2006, p. 591.

6 PETERS, Anne. *Compensatory Constitutionalism*, p. 592

isso, analisaremos os desafios, em um primeiro momento, do constitucionalismo em se situar entre os paradigmas nacionais e transnacionais. No item seguinte, faremos uma proposta de um possível conceito de Direito Público transnacional. Por fim, examinaremos a função de acoplamento estrutural deste Direito em seus principais caracteres.

Registre-se que as citações no corpo do texto de obras em língua estrangeira foram traduzidas para o vernáculo, objetivando maior fluidez do texto para o leitor. Já as notas de rodapé com citações em língua estrangeira, dado o seu caráter de complementariedade da informação ou do argumento tratado, não foram traduzidas.

O CONSTITUCIONALISMO ENTRE OS PARADIGMAS NACIONAL E TRANSNACIONAL

O constitucionalismo político, nos moldes que suas vertentes liberal e social se desenvolveram, sofre uma profunda crise de identidade em relação a qual paradigma funcional seguir: permanecer vinculado às estruturas notadamente nacionais ou incorporar os agentes e as estruturas que a ordem internacional nos apresenta? Os influxos vindos de ordens externas ao Estado nacional apontam para aquilo que se pode chamar de um novo paradigma para o constitucionalismo, i.e., um paradigma transnacional.

Inicialmente, devemos fazer uma breve reconstrução do percurso histórico do constitucionalismo liberal – e, posteriormente, social – desde as origens do Estado moderno, de modo que seja possível, então, melhor compreender o atual estado da arte do fenômeno constitucional transnacional.

Tendo em vista que o Estado moderno já se encontrava presente na realidade política não apenas europeia, mas ocidental, desde o final do século XVII e durante todo o século XVIII, vemos que o passo seguinte fora o processo de transformação desse Estado, originalmente ilimitado e eminentemente político, em um Estado limitado pelo Direito e, por consequência, constituído com base no Direito. Em outras palavras, foram os ideais liberais presentes nas duas grandes

revoluções europeias desse período (Inglaterra, em 1688; França, em 1789) e na Independência dos EUA que corroboraram para a construção de um modelo de Estado de Direito notadamente liberal. Maurizio Fioravanti pontuou três princípios que sintetizam os nortes daquela que veio a ser chamada de *constituição liberal*, i.e., a constituição de um Estado liberal de Direito: (1) princípio da presunção de liberdade, segundo o qual os indivíduos são livres até que a lei determine o contrário, i.e., aquilo que não é proibido, é permitido; (2) princípio da reserva legal, que se constitui em princípio segundo o qual somente a lei pode limitar ou disciplinar o exercício de direitos individuais; e (3) princípio da constituição como ato que garante os direitos individuais e separa os poderes, estando tal princípio na base estrutural de todas as constituições que se seguiram ao – e se inspiraram no – período de revoluções liberais.⁷

Karl Loewenstein bem lembrava que todas as primeiras constituições modernas ocidentais eram de ideologia liberal porque “o *telos* do constitucionalismo da primeira época foi a limitação do poder absoluto e a proteção dos destinatários do poder contra a arbitrariedade e falta de medida dos detentores do poder”.⁸ Já Fioravanti destaca que, com o advento do Estado liberal de Direito, criou-se o seguinte quadro normativo: “*soberania do Estado* removida das pretensões contratualistas dos indivíduos e das forças sociais, por um lado; e *autonomia da sociedade civil* afastada das pretensões digiristas dos poderes públicos, por outro lado”.⁹ Consequência lógica seria o seguinte raciocínio: “se todas as liberdades se fundam somente e exclusivamente nas leis do Estado, deve-se admitir que existe então *um único direito fundamental, o de ser tratado conforme as leis do Estado*.”¹⁰

O esgotamento do modelo liberal em solo europeu ocasionou uma transição, ocorrida no início do séc. XX, para o Estado social de Direito. Todavia, restou sempre conservada a ideia de *supremacia da lei* na resolução dos conflitos sociais, o que implica a sua utilização como instrumento de tutela dos direitos contra o arbítrio. A lei é dotada de tão grande significância porque “é o caminho indispensável para

7 Cf. FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione. FIORAVANTI, Maurizio. (a cura di). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 7. ed. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 26-27.

8 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitucion*. Barcelona: Ariel, 1976, p. 213.

9 FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 118.

10 Ibidem, p. 125.

as liberdades. O indivíduo é livre na medida em que age dentro dos limites da lei, e esta, por sua vez, é o único instrumento capaz de protegê-lo do arbítrio.”¹¹ O que há de derradeiramente significativo no constitucionalismo social é a ampliação da ideia de liberdade, deixando de ser pensada apenas como um “não fazer” por parte do Estado (sentido negativo) e passando a ser havida como um “fazer”, i.e., um dever prestacional por parte do Estado (sentido positivo). Ernst Fortshoff ressaltou que, paralelamente ao Estado de Direito, estava surgindo outra ordem de valor em termos de regulação político-social: o Estado social.¹²

Todavia, a maior contribuição para a Teoria Constitucional do século XX feita pelo próprio Estado social de Direito e, por consequência, pelo constitucionalismo social, parece ser a redefinição da função normativa da constituição dentro de um Estado de Direito: de documento mais político do que propriamente jurídico, passa a ser, então, em especial com as constituições do pós-Segunda Guerra Mundial, documento jurídico dotado de normatividade como qualquer outra lei, mas com a prerrogativa de ser a lei maior de um sistema jurídico. Com isso, superamos a supremacia da lei e chegamos à *soberania da constituição*.¹³

Fioravanti possui uma definição de constitucionalismo que destaca com propriedade esse processo histórico, pois entende se tratar de “um movimento do pensamento voltado, desde suas origens, a perseguir as finalidades políticas concretas, essencialmente consistentes na limitação dos poderes públicos e na afirmação de esferas de autonomia normativamente garantidas.”¹⁴ Nicola Matteucci, por sua vez, acentua o caráter finalístico do fenômeno: “[C]om o termo ‘constitucionalismo’ geralmente se indica a reflexão acerca de alguns princípios jurídicos que permitem a uma constituição assegurar nas diversas situações históricas a melhor ordem política.”¹⁵ Em suma, seja lá qual for a espécie a qual estamos nos referindo, veremos o fenômeno constitucional exercendo a *limitação*

11 COSTA, Pietro. Lo stato di diritto: un'introduzione storica. COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). *Lo stato di diritto*. Teoria, storia, critica. Milano: Feltrinelli, 2002, p. 94.

12 FORSTHOFF, Ernst. *Stato di diritto in trasformazione*. Milano: Giuffrè, 1973, p. 31-33.

13 Nesse sentido, Matteucci afirma que “El ideal de Estado de derecho nace del derecho administrativo, el constitucional del derecho público.” MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998, p. 26.

14 FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo*. Percorsi della storia e tendenze attuali. Roma-Bari: Laterza, 2009, p. 5.

15 MATTEUCCI, Nicola. *Lo Stato moderno*, p. 127.

do poder político e a tutela de direitos fundamentais.

Retornando ao nosso contexto histórico de início do século XXI, é incontestável que o Estado nacional se encontra acometido por um processo progressivo de perda de prerrogativas do princípio de soberania, as quais são transferidas para atores que figuram na esfera transnacional e terminam ocupando posição central no âmbito normativo, especializando a jurisdição ou o âmbito normativo de acordo com a natureza da matéria envolvida. Organização Mundial do Comércio, Organização Internacional do Trabalho, as diversas cortes internacionais de justiça especializada ou arbitrais, apenas para citar alguns exemplos, constituem-se em claras representações de transferência de prerrogativas do poder soberano, que outrora residiam no Estado nacional, para esferas transnacionais de regulação normativa ou mesmo de jurisdição.

Günter Teubner sustenta que estamos diante de uma *new constitutional question*, pois o tradicional paradigma nacional não responde mais pelo fenômeno constitucional, visto que os diversos processos de globalização passaram a promover a privatização e a transnacionalização da política.¹⁶ Ele afirma que “[A]s organizações internacionais, os regimes transnacionais e suas redes estão sendo não apenas juridicizados, mas também passando por um processo de constitucionalização.”¹⁷ Todas essas principais instituições transnacionais surgidas após os anos 1940, em especial, após o *Washington Consensus*, formam aquilo que Teubner chama de uma *global societal constitution*.

Como referido anteriormente, as constituições possuem a função de institucionalizar a limitação do poder político, mas, ao mesmo tempo, na medida em que tutelam os direitos fundamentais, também devem constituir toda a sociedade. Cria-se assim uma oscilação constante entre regulação política e regulação social, uma vez que contemporaneamente deverá a constituição regular ambas as esferas. Todavia, Teubner destaca que o advento da globalização

16 TEUBNER, Günther. *Constitutional fragments: Societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 14. Registre-se que ele fala em privatização da política no sentido de que muitas questões de ordem política que eram decididas pelo Estado nacional agora são objeto de deliberação por parte de estruturas decisórias desvinculadas da matriz estatal e pertencentes à ordem internacional.

17 Ibidem, p. 19.

transferiu para a ordem internacional os polos responsáveis por tal oscilação, uma vez que as influências externas tanto ao fenômeno político quanto ao social são constantes e incontroláveis.¹⁸ Ele recorda que diferentemente do conceito de “governo”, que sempre decorre de um poder político instituído, o conceito de *governance* é definido com base nas intervenções sociais, políticas e administrativas que atores públicos e privados adotam para resolver problemas sociais.¹⁹ A chamada *societal governance* exerceria então o papel de assumir, no âmbito da ordem internacional, muitas daquelas intervenções que eram realizadas internamente pelos Estados nacionais.²⁰

Entre os ideólogos do constitucionalismo societal, destacamos, pela originalidade da tese na época, o sociólogo estadunidense David Sciulli. Partindo do paradoxo do processo de racionalização que caracterizaria a Modernidade sob a perspectiva weberiana, Sciulli questiona quais forças deveriam existir para enfrentar uma deriva evolutiva (*evolutionary drift*) que se faz presente em quatro eixos distintos rumo ao autoritarismo: (1) a fragmentação das racionalidades de ação, tendo como consequências a diferenciação, a pluralização e a compartimentação social das diversas esferas sociais; (2) a predominância da racionalidade instrumental como a única racionalidade em condições de obter reconhecimento em todos os domínios; (3) a progressiva substituição dos processos informais de coordenação social por processos de organização burocratizados; (4) a proliferação de organizações formais nas mais diversas esferas sociais, conduzindo o indivíduo para um processo abrangente de controle absoluto das suas orientações individuais segundo parâmetros impostos por essas organizações formais.²¹ Sciulli, em seu texto de 1992, focava-se em problemas predominantemente internos aos Estados nacionais e apontava o constitucionalismo societal como suposta única alternativa para essa *massive evolutionary drift*, por já ter apresentado

18 Cf. TEUBNER, Günther. *Societal constitutionalism: alternatives to State-centred Constitutional Theory*. JOERGES, Christian; SAND, Inge-Johanne; TEUBNER, Günther (eds.). *Constitutionalisation and Transnational Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 8

19 TEUBNER, Günther. *Constitutional Fragments*, p. 21.

20 Para um melhor estudo do conceito de *societal governance*, ver KOOIMAN, Jan. *Societal Governance: Levels, Models, and Orders of Social-Political Interaction*. PIERRE, Jon (ed.) *Debating Governance: Authority, steering and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 138-163.

21 Cf. SCIULLI, David. *Theory of Societal Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 56-57.

efeitos no passado e poder ainda ser útil.²² Tratar-se-ia da institucionalização de procedimentos empiricamente identificados e legitimados pelas próprias esferas sociais (subsistemas sociais, em outras palavras), formando uma vasta e ampla rede de normatividade com diferentes fontes de legitimidade.²³

Questionando os moldes em que Sciulli concebia o constitucionalismo societal, Teubner chama a atenção para o fato de que ele pode acabar agravando o problema que se propõe a resolver, pois tenta eliminar as externalidades negativas dos subsistemas autônomos mediante pressões externas que os forcem a estabelecer meios para suas próprias autolimitações sem claramente ter a tão necessária institucionalização consolidada em cada subsistema autônomo.²⁴ A alta complexidade e capacidade de diferenciação funcional da sociedade global demandaria um constitucionalismo transnacional – semelhante em certo modo à versão societal bem ilustrada com a obra de Sciulli – focado em processos internos aos subsistemas sociais autônomos existentes na ordem internacional que sejam devidamente codificados em termos de uma racionalidade que possa ser compartilhada, ainda que minimamente, com os demais subsistemas. Surge aqui um ponto que na obra de Teubner se mostra fundamental para qualquer concepção de um constitucionalismo transnacional: a codificação binária híbrida.²⁵ No entanto, retomaremos essa questão no item 3, por ser ponto elementar na estruturação do Direito Público transnacional.

Uma síntese conceitual pode ser encontrada em J. J. Gomes Canotilho, que define o constitucionalismo societal como um fenômeno normativo, característico da ordem internacional, que se baseia em verdadeiras constituições jurídicas que se destinam a conter mecanismos de produção jurídica para o estabelecimento de marcos regulatórios para dado setor específico da economia, de modo que o elevado grau de especialização normativa lhes atribui uma suposta legitimidade, como se fossem normas constitucionais.²⁶ A compreensão de constitucionalismo

22 Ibidem, p. 80.

23 Ibidem, p. 81.

24 TEUBNER, Günther. *Constitutional Fragments*, p. 41.

25 TEUBNER, Günther. *Constitutional Fragments*, p. 110-111.

26 Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Constitucionalismo político e constitucionalismo societal no mundo globalizado. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 281-300.

societal, independentemente da versão que se tome em consideração, implica uma redefinição da própria ideia de Direito: de uma concepção que, no Ocidente, historicamente esteve vinculada ao poder político, sobretudo poder estatal, com o advento do Estado moderno, vemos que o fenômeno constitucional societal permitiria que o conceito de Direito viesse a ser definido como uma categoria multifacetada e dependente das fontes sociais, econômicas e políticas a lhe atribuir, por um lado, legitimidade e, por outro, efetividade.

Verifica-se, desse modo, que o constitucionalismo transnacional é incompatível com uma estrutura funcional centralizada de poder, pois existem diferentes fontes de poder que se encontram dispersas em diversas esferas transversais e em atores com diferentes e variadas competências normativas/jurisdicionais. O constitucionalismo transnacional pode ser concebido, em termos gerais, como um processo global de afirmação da ubiquidade da existência humana como um bem em si, independentemente de concessões de direitos ou atribuições de sentido/significado estatais, que demanda reconhecimento de direitos não mais vinculados apenas a um Estado nacional específico e que termina redefinindo os objetivos finalísticos do próprio Estado, pois pressiona rumo à integração política internacional e promove, por um lado, diversas esferas transversais de normatividade, enquanto que, por outro, reforça o papel do Estado na proteção interna dos direitos individuais, na afirmação dos direitos culturais e na instrumentalização das políticas globais.²⁷

Até aqui foi tratado do aspecto eminentemente funcional do constitucionalismo transnacional, analisando-se sua condição na história da evolução do constitucionalismo e o modo de acoplamento dos subsistemas sociais que o compõem ou podem compô-lo. Antes de encerrar o presente tópico, é imperioso que algumas considerações sejam feitas sobre o modo de elaboração e a forma dessa constituição supranacional dita em formação.

É notório que, para o paradigma nacional do constitucionalismo, mostra-se relevante a existência de uma constituição escrita, havendo pouquíssimos Estados

²⁷ Ver TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS*. Vol. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 09-32.

que optaram por constituições não escritas ao longo da história recente. No entanto, Michel Verpeaux salienta que as “constituições escritas constituem um fenômeno recente na história das sociedades políticas. A Constituição Federal dos EUA, de 1787, embora seja uma das mais antigas constituições escritas ainda em vigor, não foi a primeira.”²⁸ Verpeaux recorda que a Constituição da República de San Marino e as de alguns Estados americanos, como a da Virgínia e a Constituição de New Hampshire, todas ainda do século XVII, marcam o início das constituições escritas.²⁹ Em contrapartida, o mesmo autor lembra que antes do século XVII a quase totalidade dos Estados era regida por uma organização política consuetudinária, o que resulta falar em constituições históricas.³⁰

Todavia, o mesmo não ocorre com paradigma supranacional do constitucionalismo. A existência de documentos jurídicos historicamente garantidos e legitimados pelos atores da ordem internacional permite falar da existência, no que concerne à forma, de uma *constituição histórica*, enquanto que, no que toca ao conteúdo, de uma *constituição material*. Nesse sentido, é oportuno recordar a singular contribuição teórica de Costantino Mortati. Ele afirmava que “um conceito material de constituição somente poderia ser dado fazendo referência a um momento determinado do desenvolvimento histórico.”³¹ Constata-se, assim, que a historicidade será sempre um aspecto a se destacar em uma constituição, independentemente de qual forma assuma. A dimensão unificadora da constituição material é reforçada por ele quando afirmava que o critério material “pode se mostrar apto a unificar as várias fontes de produção, enquanto preexistia a estas, i.e., enquanto tenha em face destas a sua autonomia.”³² Embora Mortati pensasse a constituição material a partir da perspectiva do Estado nacional, a função de conservação da forma de organização do poder e da própria ordem merece também ser sublinhada, pois aquela terá por função “garantir, acima das modificações dos institutos ou de finalidades específicas, a manutenção do fim essencial que serve para identificar um tipo de

28 VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*. Paris: Presses Universitaires de France, 2013, p. 69.

29 Ibidem.

30 Cf. VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*, p. 68.

31 MORTATI, Costantino. *La costituzione in senso materiale*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 07.

32 Ibidem, p. 136.

Estado frente a outros.”³³ No presente estudo a comparação com a constituição material de Mortati deve servir apenas para ilustrar que, mesmo categorias próprias do constitucionalismo de matriz estatal também são aplicáveis a um constitucionalismo de matriz transnacional – e, mais do que isso, terminam por atribuir maior consistência teórica a este.

POR UMA DEFINIÇÃO DE DIREITO PÚBLICO TRANSNACIONAL

Se dentro dos limites do Estado nacional a constituição promove o acoplamento estrutural entre o Direito e a política, a função de uma constituição transnacional será promover o acoplamento estrutural entre o Direito Público transnacional e os diversos outros sistemas existentes neste nível de normatividade, como a economia global, os regimes regulatórios transnacionais e as próprias ordens constitucionais nacionais.³⁴ Assim, o estabelecimento de códigos em uma segunda ordem de observação, ou seja, como observação das ordens especializadas (subsistemas) que atuam na sociedade internacional, deverá seguir uma racionalidade que possa ser formalmente reconhecida pelas demais ordens especializadas, autorreproduzindo-se, assim, como segundo nível de observação, de acordo com a dimensão linguística de cada subsistema que o compõe. Não se trataria do primado de uma racionalidade instrumental, mas sim de padrões comunicacionais compartilháveis entre os diversos subsistemas acoplados entre si pela constituição transnacional. Exemplificando, assim como ocorre com o Direito Público interno dos Estados ao determinar que o sentido linguístico de uma “portaria” ou um “edital” é o mesmo em todos os subsistemas que compõem a ordem constitucional nacional, será necessário encontrar padrões semelhantes de definição intersubjetiva de sentido na ordem internacional para que o Direito Público transnacional possa atingir a realidade eficiente. Como sempre sustentou Luhmann, o que será mais bem desenvolvido no próximo item, a definição de sentido é o primeiro passo para que os códigos binários surjam e promovam o fechamento operativo do sistema.

Para auxiliar a presente argumentação, devemos agora fazer um brevíssimo escorço histórico do Direito Público na tradição ocidental.

33 Ibidem, p. 182-183.

34 TEUBNER, Günther. *Constitutional Fragments*, p. 122.

A mais antiga e citada definição para o conceito em tela encontra-se no Digesto e fora dada por Ulpiano: "*Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*" (O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à polis ou civitas, o privado à utilidade dos particulares). Roberto de Ruggiero chama a atenção para o fato de que os romanos incluíam no conceito de *ius publicum* muitas normas de Direito Privado, de modo que seria mais exato denominar as normas que compõem o *ius publicum* como normas de ordem pública.³⁵

Desde sua origem resta muito clara e destacada a relação de império e a sujeição do titular do poder público, cujo poder se instrumentaliza mediante o *publicum ius*, em relação aos sujeitos particulares. Era o dito *ius imperii*. Nesse sentido, René David recorda que em Roma não existia Direito Constitucional ou Direito Administrativo, o que deixava o Direito Público demasiadamente vinculado ao poder de mando do poder político.³⁶

Somente com a Modernidade e com as tentativas de se limitar o arbítrio estatal, sobretudo no âmbito tributário, é que se viu uma retomada com amplo vigor da categoria conceitual chamada Direito Público, figurando nos séculos XVIII a XX como uma grande área do Direito, capaz de ver se desenvolver em seu interior as limitações ao poder público no âmbito tributário e fiscal (com o Direito Financeiro e Tributário), no âmbito da gestão dos bens, serviços, cargos e funções públicas (com o Direito Administrativo) e de estruturação fundamental do Estado (com o Direito Constitucional). Em contrapartida, áreas como o Direito Penal e o Direito Processual (tanto Civil como Penal) tinham como destinatários primeiros os indivíduos em suas interações recíprocas no corpo social.

Objetivando a definição do Direito Público e tomando como base suas principais características que se afirmaram ao longo da história, podemos considerar as relações jurídicas segundo quatro dimensões:

1. *Quanto aos sujeitos de direitos da relação jurídica*: pelo menos um dos sujeitos deve estar vinculado ao Estado.

35 Cf. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil. Vol. I*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 82-83.

36 Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 85-86.

2. *Quanto ao objeto da relação jurídica*: deve estar envolvido um interesse público.

3. *Quanto à hierarquia na relação jurídica*: deve existir uma relação de subordinação ou coordenação entre os sujeitos.

4. *Quanto à natureza das disposições normativas*: normas cogentes devem estar disciplinando a relação jurídica.

Poderíamos ainda denominá-las, respectivamente, de dimensão subjetiva, dimensão objetiva, dimensão hierárquica e dimensão mandamental do Direito Público. Para sintetizar essas características e, com isso, encerrar nosso muito breve esboço histórico, convém retomar o conceito de Direito Público dado por Ruggiero: “complexo de normas que regulam a organização e a atividade do Estado e dos outros agregados políticos menores, ou que disciplinam as relações entre os cidadãos e essas organizações políticas.”³⁷

Considerando que no presente item buscamos encontrar uma possível definição de Direito Público transnacional, dois elementos importantes já aparentam aflorar:

(1) a necessidade de uma categoria conceitual que possa promover o fechamento operativo do sistema internacional, i. e., da ordem constitucional transnacional, bem como o acoplamento das demais estruturas normativas;

(2) a recontextualização dos principais caracteres que tradicionalmente definem o Direito Público nas ordens nacionais.

Quanto ao primeiro elemento, registre-se, antes de tudo, que um ceticismo grande gravita em torno das ideias de constitucionalismo transnacional e de Direito Público transnacional, sobretudo em relação a este último.³⁸ Desse modo,

37 RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I., p. 78.

38 Nesse sentido, Neil Walker destaca com precisão a resistência existente, em geral, acerca da categoria conceitual Direito Público transnacional: “Transnational public law scepticism is born of a sense that generic publicness lacks traction in the fragmented transnational world, yet that it remain possible, *mutatis mutandis*, to identify the formative influences and take seriously the constitutive credentials of these fragments. But, of course, neither

tentar superar tal ceticismo é algo que pode ser feito com o exame da evolução nas últimas décadas do Direito Administrativo global (ou transnacional), uma vez que se trata de um ramo do Direito que oferece elementos para que se verifique a consolidação de uma linguagem e práticas notadamente globais. Sabino Cassese afirma que o Direito Administrativo global “desenvolve-se rapidamente, perdendo logo o inicial caráter embrionário e assumindo muito cedo uma feição peculiar, que o distingue do Direito Administrativo estatal.”³⁹ Trata-se de um Direito Administrativo sem Estado, que, em 2004, apresentava 245 agências ou órgãos regulatórios, quando consideradas segundo um critério altamente restritivo.⁴⁰ De modo pontual Cassese indica quatro diferenças importantes entre as versões estatal e global do referido Direito: (1) os direitos administrativos estatais envolvem apenas um povo, um Estado ou um governo nacional, enquanto que o Direito Administrativo global envolve uma multiplicidade de agentes interessados; (2) diferentemente dos Estados, o poder executivo na ordem global é pouco desenvolvido e muito particularizado, cabendo a instâncias judiciais e arbitrais a resolução de muitas controvérsias; (3) a ausência de executivos organizados resulta na criação, na ordem global, da chamada *indirect rule*, que consiste em se valer das estruturas internas dos Estados nacionais para o desempenho das suas próprias funções tipicamente não estatais; (4) a estruturação da ordem administrativa global mediante uma estrutura mista ou composta, capaz de incluir Estados nacionais e agentes internacionais no seu funcionamento.⁴¹

Em 1991, Harold Hongj Koh apontava a ampla institucionalização daquilo que denominava *Transnational Public Law Litigation*.⁴² Essa forma de litigância misturaria dois modos clássicos de conflito judicial: os que envolvem apenas indivíduos privados ou órgãos governamentais em processos judiciais dentro

side can be correct in their selective critique without undermining the other; and by dint of their disagreement, they threaten to return us to the double sceptical position. Are there any other alternative which allow the affirmative dimension of one or both positions to be salvaged?” WALKER, Neil. Postnational Constitutionalism and Postnational Public Law: a tale of two neologisms. *University of Edinburgh School of Law Research Paper Series*, Vol. 20, 2012, p. 20.

39 CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 62.

40 Cf. CASSESE, Sabino. *Administrative Law without the State: the Challenge of Global Regulation*. *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 37, 2005, p. 671.

41 CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*, p. 62.

42 Cf. KOH, Harold Hongj. *Transnational Public Law Litigation*. *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1990-1991, p. 2347-2402.

de cortes nacionais, e os que envolvem indivíduos privados de países distintos ou governos nacionais distintos, uns contra os outros, em processos, judiciais ou administrativos, que correm em cortes tipicamente transnacionais.⁴³ Já nos anos 1980 e 1990, mas sobretudo nas primeiras décadas do século XXI, ocorreu uma institucionalização, tanto nas ordens nacionais como nas supranacionais, de procedimentos que objetivavam a padronização de práticas administrativistas entre indivíduos privados, empresas e governos nacionais entre si. Basta pensar que antes mesmo da União Europeia ser instituída com o Tratado de Maastricht, em 1992, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA)⁴⁴, a Comunidade Econômica Europeia (CEE)⁴⁵ e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (CEEA ou Euratom)⁴⁶ constituíam-se em flagrantes exemplos de comunidades regionais com práticas, procedimentos e processos administrativos devidamente estabelecidos para promover a integração entre os seus respectivos Estados membros. Em suma, o estabelecimento de *standards* comunicacionais mostrou-se nesses casos o primeiro passo a ser dado rumo à consolidação formal de um Direito Público transnacional, pois permitiria irradiar para os demais ramos que o compõem os reflexos em termos de institucionalização e atribuição de competências entre as diversas esferas normativas e entre os agentes que figuram na ordem internacional.

Quanto ao segundo elemento fundamental para uma possível definição de Direito Público transnacional, i.e., a recontextualização dos principais caracteres que tradicionalmente definem o Direito Público nas ordens nacionais, devemos, para tanto, abordar sob um novo enfoque aquelas quatro dimensões do Direito Público anteriormente referidas: subjetiva, objetiva, hierárquica e mandamental. Retomemos então o mesmo esquema utilizado no Direito Público nacional para agora transpô-lo ao Direito Público transnacional:

1. *Sujeitos de direitos*. Em vez de existirem somente os Estados nacionais como titulares de direito, também outros agentes estão passando a gozar desta condição de atores nas relações internacionais. Veja-se que Jürgen Habermas chegou a

43 Cf. KOH, Harold Hongj. *Transnational Public Law Litigation*, p. 2348-2349,

44 Instituída com o Tratado de Paris, em 18 de abril de 1951.

45 Instituída com o Tratado de Roma, em 25 de março de 1957.

46 Instituída conjuntamente com o Tratado de Roma, em 25 de março de 1957.

repensar a posição do indivíduo na ordem internacional, considerando-o agora como “cidadão do mundo”, um conceito que pode gerar uma série de objeções teóricas, mas parece inegável que o fundamento último da sua argumentação possui grande legitimidade, uma vez que busca a defesa da maior inclusão possível na ordem internacional.⁴⁷ Todavia, para que uma relação jurídica possa ser tida, em termos gerais, como de Direito Público transnacional, um dos agentes que atuam na relação deve possuir alguma vinculação com um Estado, ainda que de negação em relação a este, como nos casos dos refugiados e dos apátridas. Isso permite uma alteração ainda mais significativa, uma vez que o indivíduo passaria a ser titular de direitos e responsabilidades: “a consequência mais importante de um direito que ultrapassa, e corta transversalmente, as esferas estatais da soberania é a responsabilidade [*Haftung*] pessoal dos indivíduos em face dos crimes cometidos – tanto na paz como na guerra – em serviço ao Estado.”⁴⁸ Se o indivíduo assume maiores pretensões, mas também maiores responsabilidades, vemos que os Estados nacionais encontram na figura do indivíduo um ser que se encontra em condições de ir diretamente à ordem internacional defender seus direitos frente a ele, Estado, pois, como destaca Habermas, “a direta pertença a uma sociedade cosmopolita tutelaria cada cidadão frente às prevaricações do próprio governo.”⁴⁹ Entretanto, a mais significativa alteração desta proposta de compreensão da condição do indivíduo nas relações jurídicas transnacionais está no caráter democrático que rompe com as clássicas referências nacionais para promover a inclusão daqueles indivíduos e formações sociais ou políticas que estiverem marginalizadas em relação ao debate político internacional, pois *inclusão*, ainda no dizer de Habermas, “significa que a comunidade política se abre à inserção dos cidadãos de qualquer extração, sem que estes ‘diferentes’ devam se assemelhar a uma suposta uniformidade étnico-cultural.”⁵⁰ Trata-se de uma construção multicultural, dinamizada pela incessante aparição de novas subculturas determinadas por novas relações interculturais, que “reforça uma tendência – já presente nas sociedades pós-industriais – que vai em direção à

47 Para uma melhor análise do pensamento de Habermas sobre a ordem internacional e a função do indivíduo, remetemos a TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

48 HABERMAS, Jürgen. *L’Inclusione dell’altro*. Milano: Feltrinelli, 2002, p. 193.

49 HABERMAS, Jürgen. *Tempo di passaggi*. Milano: Feltrinelli, 2004, p. 12.

50 HABERMAS, Jürgen. *La costellazione postnazionale*. Milano: Feltrinelli, 2002, p. 49.

individualização dos sujeitos e à projeção de 'identidades cosmopolitas'."⁵¹

2. *Objeto da relação jurídica.* Se no âmbito interno deve estar envolvido um interesse público, notadamente, nacional, para o Direito Público transnacional deve haver um interesse público que seja de dimensão global. Desde Kelsen até Habermas, a ideia de bem e o seu modo de proteção têm sido objeto de diferentes interpretações e construções teóricas com pretensões universalizantes. Interessante contribuição nessa seara pode ser tomada de Jean Dabin, uma vez que, originalmente foi um civilista e depois passou a desenvolver pesquisas no âmbito da filosofia política e da teoria do direito. Estando em meio ao pleno desenvolvimento dos processos de integração política global que estavam sendo esboçados no início do séc. XX, sobretudo como forma de futuramente se evitar regimes totalitários semelhantes aos que assolavam a Europa, Dabin já falava em um "bem público internacional" a ser perseguido por todos os povos.⁵² Ou seja, um bem comum da humanidade que não poderia ficar somente sob a tutela interna de alguns Estados. A contribuição de Dabin é de extrema relevância porque tratava de bem público como reflexo do interesse público, mas que, nesse caso, seria um "interesse público internacional". Encontramos aqui a dimensão programática que inevitavelmente o constitucionalismo, seja baseado em constituição escrita ou não, acaba quase sempre assumindo. Constituir é, ao mesmo tempo, projetar e normatizar o porvir. O estabelecimento de interesses em comum e de uma agenda global em condições de promover a tutela de tais bens é processo político internacional que se encontra em curso, inquestionavelmente, desde a Liga das Nações, passando pelos ideais que influenciaram a criação da Organização das Nações Unidas, e atualmente figurando inclusive como pano de fundo político para a terceira e quarta gerações de direitos humanos. Tutela do meio ambiente, combate ao terrorismo e à violência, bioética, e regulação de novas tecnologias, são alguns exemplos de bens cujos efeitos superam os confins dos Estados e atualmente são reconhecidos como bens capazes de formar uma ideia de interesse público verdadeiramente transnacional.

3. *Hierarquia entre atores.* Se no âmbito nacional deve existir uma relação de

51 HABERMAS, Jürgen. *La costellazione postnazionale*, p. 52.

52 Cf. DABIN, Jean. *Doctrine Générale de l'État: éléments de philosophie politique*. Bruxelles: Bruylant, 1939, p. 466-467.

subordinação ou coordenação entre os sujeitos da relação jurídica, no Direito Público transnacional prepondera a ausência de hierarquia *a priori* entre os atores da ordem internacional, prevalecendo o princípio da especialidade dos regimes normativos. Habermas apresenta como alternativa para a ordem internacional um “sistema político multi-nível com uma organização mundial, no nível máximo, amplamente reformada, Estados nacionais domesticados, no nível mais inferior, e uma rede de regimes transnacionais entre.”⁵³ A grande questão é que para isso seria necessário que a opinião pública mundial, a qual, segundo o autor, encontra-se *in statu nascendi*, terminasse por se consolidar em uma verdadeira esfera pública mundial.⁵⁴ Segue ele, no mesmo sentido, mas em outra obra, discutindo se seria possível a formação de uma opinião pública global em uma esfera pública informal sem meios constitucionalmente institucionalizados e sem a participação de uma organização com abrangência global, como a ONU, pois entende que medidas no sentido de uma maior institucionalização dos meios comunicacionais em termos transnacionais dependeria, para lograr sucesso com maior eficácia, da atuação de uma ONU amplamente reformada.⁵⁵ Já pensadores liberais como David Held, embora defendam a necessidade de uma *global governance* guiada por um modelo de democracia liberal como a melhor alternativa à descentralização e à desconstitucionalização do poder estatal, o que por si só demandaria uma ampla análise crítica⁵⁶, verifica-se que sua leitura da ordem internacional descreve com precisão a ausência de uma necessária hierarquia entre os atores, uma vez que a *global governance* seria um “sistema multi-estratificado, multidimensional e multi-ator”.⁵⁷ O aspecto multi-estratificado se deve ao desenvolvimento e à implementação de políticas públicas que, mesmo sendo próprias de agências supranacionais, regionais, estatais e até subestatais, fazem com que se forme uma estrutura funcional que não vê o Estado como o centro referencial para a implementação de tais políticas; o caráter multidimensional é consequência da vinculação que se cria entre agência e matéria, permitindo que setores

53 HABERMAS, Jürgen. A Short Reply. *Ratio Juris*, Vol. 12, n. 4, 1999, p. 451.

54 Cf. HABERMAS, Jürgen. *L’Inclusione dell’altro*. Milano: Feltrinelli, 2002, p. 68.

55 Cf. HABERMAS, Jürgen. *L’Occidente diviso*. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 138-139.

56 Para uma análise crítica, remetemos a TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*.

57 HELD, David. *Governare la globalizzazione*. Una alternativa democratica al mondo unipolare. Bologna: il Mulino, 2005, p. 112.

diversos, mas situados no mesmo nível de abrangência, tenham modelos de políticas públicas diferenciados em razão da matéria que devem abordar; e o aspecto multiator decorre do crescente número de agências, tanto públicas quanto privadas, que participam do desenvolvimento das agendas que definem as políticas públicas globais.⁵⁸ Em síntese, dá-se a ausência de uma presunção de hierarquia na relação entre Estados e demais atores porque, primeiramente, nas relações entre Estados o princípio de soberania externa não permite falar em hierarquia entre Estados nacionais, e também porque a ampla rede formada pelos diversos regimes internacionais não permite igualmente falar em uma hierarquia apriorística entre Estado e indivíduo, ou Estado e demais formas de organização econômica, social ou política.

4. *Natureza das disposições normativas.* Vimos que nas relações de Direito Público interno prepondera a ideia de uma necessária existência de normas cogentes disciplinando a relação jurídica. Todavia, no âmbito do Direito Público transnacional, as disposições normativas estão vinculadas de acordo com a natureza da matéria em questão. Das quatro dimensões adotadas como critério para se precisar a ocorrência ou não de uma relação de Direito Público interno, esta quarta dimensão é a de menor relevância para uma concepção juspublicista transnacional de Direito. Como consequência natural da própria estrutura funcional dos subsistemas normativos que compõem a ordem internacional, vemos que a imperatividade das disposições normativas será necessária em setores como o de tutela dos direitos humanos ou combate ao terrorismo internacional, enquanto que em outros, como no comércio internacional, por exemplo, a facultatividade das disposições, bem como a sua estruturação normativa de acordo com as matérias envolvidas, será algo mais do que necessário para uma eficiente regulação jurídica da matéria em questão.

Por fim, tendo analisado o tema em questão desde um breve histórico até chegar às características do seu antecessor tipicamente de direito interno, uma contribuição conceitual precisa ser apresentada nesta pesquisa. Assim, o Direito Público transnacional pode ser definido como um conjunto de normas jurídicas, sistemicamente estruturadas em uma perspectiva coordenativa no sentido de

58 *Ibidem.*

promover a aproximação linguística e comunicacional entre os subsistemas que o compõem, de modo que tais normais sejam provenientes de órgãos, agências ou atores internacionais reconhecidamente com legitimidade nos seus respectivos subsistemas para estabelecer os referenciais normativos a serem seguidos por todos aqueles que compõem dado subsistema, tendo como objetivo comum e transversal a defesa dos bens públicos internacionais.

O DIREITO PÚBLICO TRANSNACIONAL E O SEU ACOPLAMENTO ESTRUTURAL COM AS DEMAIS ORDENS NORMATIVAS

Conforme já referimos anteriormente, Teubner entende que codificar os processos internos no âmbito do constitucionalismo transnacional é um dos passos fundamentais rumo à consolidação desta versão do constitucionalismo e, por conseguinte, do Direito Público transnacional. Ele refere que este possa ser talvez o derradeiro problema a ser resolvido nesta seara, pois é característica do Direito em si e dos processos de constitucionalização diferenciar mediante um código binário entre legal/ilegal e constitucional/inconstitucional as informações que chegam ao sistema.

Sempre oportuno lembrar Luhmann quando destacava a importância do estabelecimento de códigos linguísticos binários para os sistemas sociais em geral: "Os eventos devem ser distinguidos como codificados e não codificados. Eventos codificados operam como informação no processo de comunicação, enquanto que eventos não codificados operam como perturbações."⁵⁹ Todas as estruturas de código de um sistema operam com base na relação reflexiva entre o sistema em si e o seu meio ambiente, permitindo que ele possa controlar as atribuições de significado mediante a afirmação e a negação de elementos que o sistema reconhece ou não.⁶⁰ Voltando os olhos ao Direito, Luhmann afirmava que: "Codificar legal/ilegal pode ser feito somente no nível de observações de segunda ordem, isto é, somente observando os observadores. Tais códigos são indiferentes a se os observadores de primeira ordem, isto é, aqueles que cometem

59 LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995, p. 142.

60 LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995, p. 445.

os atos e suas vítimas, classificam ou não suas referências ao mundo com ideias de justiça ou injustiça em mente.”⁶¹ Ocorre que as relações comunicacionais entre observadores de primeiro nível com observadores de segundo nível são capazes apenas de manter a autopoiese do sistema, pois o “fechamento operativo do sistema jurídico *na* sociedade é conquistado *somente* no nível da segunda ordem e *somente por meio de um esquema que possa ser operado sozinho neste nível.*”⁶²

Então, como promover tal espécie de fechamento operativo do sistema em um ambiente fragmentado e volátil como a ordem internacional? Respostas salvacionistas não existem, certamente – embora muitos já tenham se proposto a dar. O que existem são exemplos com bons resultados no sentido de um fechamento operativo do seu subsistema específico, como o caso do já referido Direito Administrativo global, que permitem apontar para uma progressiva evolução rumo a um Direito Público transnacional responsável pela reflexividade com o seu meio ambiente, segundo a terminologia de Luhmann. Em outras palavras, a formação daquele conjunto de normas jurídicas, sistemicamente estruturadas em uma perspectiva coordenativa no sentido de promover a aproximação linguística e comunicacional entre os subsistemas que o compõem, é um processo em inegável evolução. Entretanto, dois aspectos ainda precisam ser mais bem desenvolvidos para que se possa falar sim de um sistema jurídico propriamente transnacional de Direito Público: (1) a afirmação de uma constituição transnacional e (2) a estruturação de uma ordem jurídica internacional dividida em regimes jurídicos especializados e interligados entre si de acordo com suas possibilidades funcionais.

Quanto ao primeiro aspecto, talvez seja o de menor dificuldade conceitual – por certo, já é o que menos gera ceticismo na doutrina internacional. Ponto importante a destacar é a presença das tradicionais funções da constituição de matriz estatal mesmo quando esta é projetada como constituição transnacional. O jusinternacionalista Georges Scelle, em texto de 1933, já antevia que as principais funções de uma constituição tipicamente estatal poderiam ser encontradas também em uma constituição para a ordem internacional: limitação ao poder,

61 LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 101.

62 LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 101.

estruturação dos organismos políticos, justificação da governança, legitimação jurídica dos atos do sistema político e promoção da integração entre as unidades sociais e políticas em seu interior.⁶³ Caso consideremos a proposta de leitura da constituição transnacional como histórica e essencialmente material, veremos que mesmo aquelas características essenciais do Estado, bem sintetizadas na obra de Mortati⁶⁴, como, por exemplo, a prerrogativa do uso da força para fazer cumprir suas decisões, não impedem que se faça uma aproximação com a ordem internacional, no que concerne à aplicabilidade das ideias de constituição material e constituição histórica para esta ordem. Ocorre que uma constituição transnacional, concebida como notadamente histórica, será efetiva mediante a capacidade de coerção que os subsistemas que compõem o seu sistema constitucional transnacional possuem.

No entanto, interpretações mais ousadas do fenômeno em tela já foram feitas. Existem muitos, como Bardo Fassbender, que sustentam que a Carta da Organização das Nações Unidas exerceria o papel de constituição da ordem internacional – com destacado sentido para sua dimensão formal.⁶⁵ Em posição ainda mais avançada, Luigi Ferrajoli considera a Carta da ONU mais do que uma constituição para a ordem internacional: um verdadeiro contrato social internacional.⁶⁶ Não obstante as interpretações otimistas acerca da função da Carta da ONU nas relações internacionais, ver tal documento como uma constituição

63 Cf. SCELLE, Georges. *Le droit constitutionnel international*. DUQUESNE, Joseph; PFISTER, Christian (eds.). *Mélanges Raymond Carré de Malberg*. Paris: Recueil Sirey, 1933, p. 501-515.

64 Cf. MORTATI, Costantino. *La costituzione in senso materiale*, p. 62-63.

65 Ver FASSBENDER, Bardo. *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*. Leiden: Martinus Nijhoff Publisher, 2009, sobretudo em seu Capítulo 4. Uma versão anterior foi publicada como FASSBENDER, Bardo. *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 1998, p. 529-619.

66 "A Carta da ONU assinala, em suma, o nascimento de um novo direito internacional e o fim do velho paradigma – o modelo vestfaliano –, que se firmara três séculos antes com o fim de outra guerra européia dos trinta anos. Tal carta equivale a um verdadeiro contrato social internacional – histórico e não metafórico, efetivo ato constituinte e não simples hipótese teórica ou filosófica –, com o qual o direito internacional muda estruturalmente, transformando-se de um sistema *pactício*, baseado em tratados bilaterais *inter partes* (entre partes homogêneas), num verdadeiro ordenamento jurídico supra-estatal: não mais um simples *pactum associationis* (pacto associativo), mas também *pactum subiectionis* (pacto de sujeição). Mesmo porque a comunidade internacional, que até a Primeira Guerra era identificada como a comunidade das "nações cristãs" ou civilizadas – Europa e América –, é estendida pela primeira vez a todo o mundo como ordem jurídica mundial." FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40-41.

em si ou, mais ainda, um legítimo contrato social global, significa ignorar todos os *deficits* de legitimidade que aquela organização possui, bem como ignorar sua falência moral com as guerras do Afeganistão (2001) e a segunda do Iraque (2003), as quais foram vetadas pelo Conselho de Segurança, mas mesmo assim ocorreram pela mão dos EUA e seus aliados. Danilo Zolo opõe algumas objeções a propostas que entendem a Carta das Nações Unidas como fundamento para a ordem internacional, pois isso significaria simplesmente esquecer que a inteira estrutura constitucional da ONU é inspirada no modelo hierárquico da Santa Aliança, de modo que “a tarefa de manter e restabelecer a paz está confiada, de fato, apenas aos membros permanentes do Conselho de Segurança e a direção estratégica das operações bélicas está atribuída, de direito, exclusivamente aos seus vértices militares.”⁶⁷

Assim, permanece ainda em aberto o problema de que o constitucionalismo transnacional venha a assumir uma feição autoritária e desvinculada dos indivíduos e das forças sociais que movem a política no interior e fora dos Estados. Se o constitucionalismo liberal fora uma reação ao *Anciën Régime* e defendia a concentração do poder em um novo agente, i.e., no Estado moderno, vemos que o constitucionalismo transnacional, quando pensado em termos universalistas, termina exercendo o mesmo papel da sua versão liberal, mas tomando agora o Estado moderno como o *Anciën Régime* e tentando promover a concentração de poder em instituições supranacionais. Tal leitura míope do fenômeno em objeto não considera que o significado do Estado é central para a própria afirmação do fenômeno constitucional em perspectiva transnacional. Portanto, faz-se mister concebê-lo com um sistema multinível, multiator e multiestratificado.

Quanto ao segundo aspecto que carece de um melhor desenvolvimento – sobre a estruturação de uma ordem jurídica internacional dividida em regimes jurídicos especializados e interligados entre si de acordo com suas possibilidades funcionais –, já esboçamos algumas contribuições em alguns momentos anteriormente, mas um último ponto merece ser referido: o processo constitucional europeu. Embora existam diversas críticas a este modelo de integração, as funções tradicionais do constitucionalismo encontram-se presentes de modo expresso ou, no mínimo,

67 ZOLO, Danilo. *Cosmopolis*. Milano: Feltrinelli, 2001, p. 58

sutil, na estruturação da União Europeia.

Ocorre que o fetichismo em torno da constituição escrita, sempre muito presente na tradição romano-germânico, conduziu os debates constitucionais rumo à tentativa de promulgação de uma constituição para a Europa. A resposta a qualquer eventual dúvida sobre o cabimento, neste caso, de uma constituição escrita, parece já ter sido dada pela fracassada tentativa de internalização, em 2004, do Tratado de Lisboa em todos os países da União Europeia, criando aquilo que seria a "Constituição europeia". Os insucessos na França e na Bélgica suscitaram uma série de debates em toda a Europa sobre a viabilidade de uma unificação em termos constitucionais clássicos. O que existe, de fato, no modelo constitucional europeu é o progressivo desenvolvimento de uma constituição *histórica e material* europeia. Erika De Wet é precisa ao afirmar que: "Ainda que a maioria dos países tentem arranjar suas normas mais fundamentais em um único documento escrito, o objetivo e conteúdo dessas normas pode crescer de modo contingente na prática, como se fossem moldadas pelas forças históricas e políticas múltiplas que operam dentro desta comunidade."⁶⁸ No entanto, mais grave do que errar no modelo de constituição a adotar, aqueles projetos de uma constituição (escrita) para a Europa incorreram no erro, muito bem apontado por Habermas, em artigo de 2001, de adotar um modelo federalista, como se fosse plenamente possível transformar o continente em uma espécie de "Estados Unidos da Europa", deixando de lado no debate político pontos essenciais, como o da formação de uma esfera pública europeia.⁶⁹

A referência ao processo constitucional europeu necessitava ser feita neste momento por se tratar de um inevitável termo de comparação para uma constituição transnacional, uma vez que supera os limites do Estado nacional, promove a integração e institucionaliza expedientes de governança supranacional. Todavia, uma constituição supranacional que se proponha a ser efetiva deve partir do pressuposto de que, à medida que se ampliam as esferas de regulação (do Estado nacional para a comunidade regional, desta para a ordem

68 DE WET, Erika. International Constitutional Order. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, 2006, p. 63.

69 Ver HABERMAS, Jürgen. Why Europe Needs a Constitution? *New Left Review*, Vol. 11, n. 5, 2001, p. 05-26.

internacional), dá-se uma ampliação da complexidade das matérias envolvidas e, por consequência, uma redução em seu número. Oportuno lembrar Hedley Bull e sua concepção de “ordem política mínima”. Bull falava em “ordem mundial”, em vez de “ordem internacional”, porque aquele conceito concerne à ordem interna de toda a sociedade humana, a qual não é tão somente mais ampla do que a ordem internacional: é “também mais fundante, mais originária e moralmente prioritária em relação a esta.”⁷⁰ Nesse sentido, a ordem mundial deveria ser mínima destinada a reforçar os interesses e os valores compartilhados entre os Estados, pois o objetivo mais importante desta ordem é a prevenção da guerra e, sobretudo, de um conflito nuclear.⁷¹

Enfim, o fechamento operativo do sistema jurídico internacional, i.e., do Direito Público transnacional, dependerá da articulação tanto de estruturas regionais como globais entre si para o desenvolvimento de *stantards* comunicacionais, práticas e procedimentos especializados que possam ser reenviados a um mesmo sistema funcional que lhes atribua identidade funcional dentro do macrosistema juspublicista transnacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esperamos que a presente pesquisa possa contribuir para o debate existente acerca da formação de um Direito Público transnacional. A modestíssima – quase inexistente – utilização desta expressão, sobretudo na língua portuguesa, prova que se trata de assunto ainda carente de maior aprofundamento. Embora o ceticismo em relação a este tema seja grande, sua relação com a noção de constituição transnacional foi reconstruída, em um primeiro momento, com a finalidade de se demonstrar que ambos os fenômenos estão em uma linha de continuidade. A opção por uma leitura sistêmica das esferas transnacionais de regulação político-jurídica é resultado da própria conjuntura da realidade factual da ordem internacional e de algumas tendências atuais no pensamento jusinternacionalista que procuram fugir das tradicionais categorias conceituais

70 BULL, Hedley. *La società anarchica. L'ordine mondiale nella politica mondiale*. Milano: Vita e Pensiero, 2005, p. 366.

71 BULL, Hedley. *La società anarchica*, p. 361.

que não mais atendem às mudanças que ocorrem nas mais diversas áreas.

As pressões oriundas dos diversos processos de globalização, em especial nos campos econômicos, políticos e jurídicos, conduzem a questionamentos cada vez mais profundos sobre a função do Estado nacional diante das usurpações de competências e prerrogativas que paulatinamente vem sofrendo. Mais do que repensar o Estado, os novos desafios regulatórios demandam que o Direito em si seja repensado.

REFERÊNCIAS

BULL, Hedley. *La società anarchica. L'ordine mondiale nella politica mondiale*. Milano: Vita e Pensiero, 2005.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Constitucionalismo político e constitucionalismo societal no mundo globalizado. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 281-300.

CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma-Bari: Laterza, 2006.

CASSESE, Sabino. Administrative Law without the State: the Challenge of Global Regulation. *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 37, 2005, p. 663-694.

COSTA, Pietro. Lo stato di diritto: un'introduzione storica. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *Lo stato di diritto*. Teoria, storia, critica. Milano: Feltrinelli, 2002.

DABIN, Jean. *Doctrina Générale de l'État: éléments de philosophie politique*. Bruxelles: Bruylant, 1939.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE WET, Erika. International Constitutional Order. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, 2006, p. 51-76.

FASSBENDER, Bardo. *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*. Leiden: Martinus Nijhoff Publisher, 2009.

FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter as the Constitution of the International Community. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 1998, p. 529-619.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*. Torino: Giappichelli, 1995.

FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione. FIORAVANTI, Maurizio. (a cura di). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 7. ed. Roma-Bari: Laterza, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo*. Percorsi della storia e tendenze attuali. Roma-Bari: Laterza, 2009.

FORSTHOFF, Ernst. *Stato di diritto in trasformazione*. Milano: Giuffrè, 1973.

HABERMAS, Jürgen. *L'Inclusione dell'altro*. Milano: Feltrinelli, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *La costellazione postnazionale*. Milano: Feltrinelli, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Tempo di passaggi*. Milano: Feltrinelli, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Why Europe Needs a Constitution? *New Left Review*, Vol. 11, n. 5, 2001, p. 05-26.

HABERMAS, Jürgen. A Short Reply. *Ratio Juris*, Vol. 12, n. 4, 1999, p. 445-453.

HELD, David. *Governare la globalizzazione. Una alternativa democratica al mondo unipolare*. Bologna: il Mulino, 2005.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOH, Harold Hongj. Transnational Public Law Litigation. *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1990-1991, p. 2347-2402.

KOOIMAN, Jan. Societal Governance: Levels, Models, and Orders of Social-Political Interaction. PIERRE, Jon (ed.) *Debating Governance: Authority, steering and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 138-163.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. Barcelona: Ariel, 1976.

LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995.

LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.

MORTATI, Costantino. *La costituzione in senso materiale*. Milano: Giuffrè, 1998.

PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: the Function and Potential of Fundamental International Norms and Structure. *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, 2006, p. 579-610.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil. Vol. I*. Campinas: Bookseller, 1999.

SCELLE, Georges. Le droit constitutionnel international. DUQUESNE, Joseph; PFISTER, Christian (eds.). *Mélanges Raymond Carré de Malberg*. Paris: Recueil Sirey, 1933, p. 501-515.

SCIULLI, David. *Theory of Societal Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS*. Vol. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 09-32.

TEUBNER, Günther; FISCHER-LESCANO, Andreas. "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Law Journal of International Law*, Vol. 25, 2004, p. 999-1045.

TEUBNER, Günther. Societal constitutionalism: alternatives to State-centred Constitutional Theory. JOERGES, Christian; SAND, Inge-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). *Constitutionalisation and Transnational Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 3-28.

TEUBNER, Günther. *Constitutional fragments: Societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.

WALKER, Neil. Postnational Constitutionalism and Postnational Public Law: a tale of two neologisms. *University of Edinburgh School of Law Research Paper Series*, Vol. 20, 2012, p. 01-28.

WALKER, Neil et al. (eds.). *After Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ZOLO, Danilo. *Cosmopolis*. Milano: Feltrinelli, 2001.