
FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO CONDIÇÃO PARA
INTEGRAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE
MULTICÊNTRICA: uma visão crítica**

Eliane Leal

Presidente Prudente - SP

2011

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO CONDIÇÃO PARA
INTEGRAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE
MULTICÊNTRICA: uma visão crítica**

Eliane Leal

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Marivaldo Gouveia.

Presidente Prudente

2011

**O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO CONDIÇÃO PARA
INTEGRAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE
MULTICÊNTRICA: uma visão crítica**

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito

MARIVALDO GOUVEIA

MARILDA RUIZ ANDRADE AMARAL

DIRCE FELIPIN NARDIM

Presidente Prudente, 16 de Novembro de 2011

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais Maria Cristina e Ezequiel e ao meu irmão Eduardo que, mesmo distantes, estiveram presentes no meu pensamento e no meu coração.

Ao Renan, pela convivência transformadora embalada pelo poder do amor, e pelas inúmeras vezes que me enxergou melhor do que eu sou e pela capacidade de me olhar devagar, já que nessa vida muita gente já me olhou depressa demais.

Ao meu mestre Marivaldo, que tão gentilmente aceitou o convite para ser meu orientador, compartilhando comigo um pouco de sua sabedoria, tornando possível a conclusão desse trabalho, pelo ensinamento e dedicação dispensados no auxílio à concretização dessa monografia.

Agradeço também a Dra. Dirce Felipin Nardin, por ter aceitado compor minha Banca Examinadora, e por ser símbolo de competência, honestidade e caráter, e por ser pessoa que admiro e estilo muito.

Agradeço a todos os meus verdadeiros amigos, em especial Ana Cláudia Fantuci, por ser mais que uma amiga, por ser a irmã que a vida me deixou escolher, bem como Rose Essi, Milton Pennacchi, Fernando Miranda, Francielle Rossati, Karina Denari, Rosangela Bueno, Angélica Faria, Jefferson Leal, Eduardo Andrade, Wellington Tebas, Artemisa Piai e todos aqueles que de uma forma ou de outra tornaram a conclusão desse curso possível. Cada um de vocês me ensinou algo, que vou levar comigo para o resto de minha vida.

“Agradeço a todas as dificuldades e críticas que enfrentei, não fosse por elas, eu não teria saído do lugar. As facilidades nos impedem de caminhar. Mesmo as críticas nos auxiliam muito.” (Chico Xavier)

É muito melhor ousar coisas difíceis, conquistar triunfos grandiosos, embora ameaçados de fracasso, do que se alinhar com espíritos medíocres que nem desfrutam, nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem vitória nem derrota. (Theodore Roosevelt)

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo, a análise do transconstitucionalismo, obra de Marcelo Neves, todas as suas perspectivas e sua relação com as diversas ordens existentes na sociedade multicêntrica hodierna, bem o seu significado, que resumidamente, é o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional ou de direitos humanos e fundamentais. Tal análise se fez importante, diante da inevitável globalização do direito constitucional doméstico, tornou-se indispensável à criação e o desenvolvimento de tal teoria promissora e o método de aplicação, pois cada vez mais problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação de poder tornam-se concomitantemente relevante para mais de uma ordem jurídica e, às vezes, não estatais que são chamadas a oferecer uma solução. Essa nova ordem se afasta da vinculação metafórica do termo constituição para se referir a uma nova ordem jurídica na sociedade contemporânea. Em consequência a presente pesquisa buscou analisar os limites e possibilidades da existência de racionalidade transversais parciais, ou seja, pontes de transição entre os sistemas jurídicos e os outros sistemas sociais, bem como entre ordens jurídicas no interior do direito como sistema funcional da sociedade mundial. Concluindo a pesquisa com a intenção de estabelecer uma metodologia para o transconstitucionalismo através do que Marcelo Neves chama de “o ponto cego”, ou seja, o outro modo de ver, através da observação do outro.

Palavras-chave: Constituição. Transconstitucionalismo. Direitos Humanos. Sociedade Multicêntrica. Racionalidade Transversal.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the work of transconstitucionalismo Marcelo Neves, which means the legal entanglement of di-verse, both state and transnational, international and supranational organizations, around the same issues of constitutional or human rights and fundamental. Faced with the inevitable globalization of domestic constitutional law, has become indispensable to the creation and development of this promising theory and method of application, as more problems or human rights and direct control and limitation of power become more relevant to concurrently the legal order and the state that are often not called to offer a new order solução. Essa moves away from the metaphorical link up the term to refer to a new legal order in contemporary society. In consequence of this research was to examine the limits and possibilities of the existence of transverse partial rationality, ie, the transition point between the legal systems and other social systems, as well as between legal systems within the law as a functional system of world society. In consequence of this research was to examine the limits and possibilities of the existence of transverse partial rationality, ie, the transition point between the legal systems and other social systems, as well as between legal systems within the law as a functional system of world society. Completing the survey with the intention to establish a methodology for transconstitucionalismo through what Marcelo Neves calls the "blind spot", ie, the other view, by observing the other.

Keywords: Constitution. Transconstitucionalismo. Human Rights. Multicentric Society Rationality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A METAFORA DO TERMO CONSTITUIÇÃO E SUA VERDADEIRA SEMÂNTICA	12
3 COMENTÁRIOS HISTÓRICOS SOBRE A EVOLUÇÃO SOCIAL E OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA SOCIEDADE MODERNA	15
3.1 PERÍODOS DE TRANSIÇÃO	18
4 DA SOCIEDADE HODIERNA HIPERCOMPLEXA E MULTICÊNTRICA	22
5 DA JUNÇÃO DE ESTRUTURAS DE RACIONALIDADES QUE TRANSCEDEM E ULTRAPASSAM AS FRONTEIRAS: JUSTIÇA E IGUALDADE.....	27
6 DA CONSTITUIÇÃO TRANSVERSAL	36
6.1 A CONSTITUIÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO	36
6.2 A CONSTITUIÇÃO TRANSVERSAL DO ESTADO CONSTITUCIONAL	42
6.3 – AS CONSTITUIÇÕES ESTATAIS ALÉM DO ESTADO	51
6.3.1 – <i>Modelos de constituições supranacionais globais e a constitucionalização no plano da ordem internacional</i>	52
6.3.2 <i>Constitucionalismo Supranacional no plano regional</i>	54
6.3.3 <i>As Constituições Cíveis Transnacionais</i>	56
7 RELAÇÃO DO TRANSCONSTITUCIONALISMO COM ORDENS JURÍDICAS ...	59
7.1 O TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDENS JURÍDICAS REFERENTE AOS PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS.....	59
7.2 TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DIREITO ESTATAL	61
7.3 TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE DIREITO SUPRANACIONAL E DIREITO ESTATAL	64
7.4 TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDENS JURÍDICAS ESTATAIS	66
7.5 TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDENS JURÍDICAS ESTATAIS E TRANSNACIONAIS	69
7.6 TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDENS JURÍDICAS ESTATAIS E ORDENS JURÍDICAS LOCAIS EXTRAESTATAIS.....	72
7.7 TRANSNACIONALISMO ENTRE DIREITO SUPRANACIONAL E DIREITO INTERNACIONAL	74
8 TRANSCONSTITUCIONALISMO PLURIDIMENSIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	77
9 METODOLOGIA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO.....	82
9.1 CONDIÇÕES EMPÍRICAS NEGATIVAS.....	84
10 CONCLUSÃO	87
11 BIBLIOGRAFIA	89

1 INTRODUÇÃO

A exigência de funcionabilidade e aplicabilidade dos direitos do homem crescem significativamente na medida em que a sociedade mundial hodierna hipercomplexa enfrenta o problema da integração social, ou seja, inclusão ou exclusão de pessoas.

Dentre os incontáveis sistemas e perspectivas de investigação, surge a idéia de uma Constituição Transversal, que ultrapassa as fronteiras dos Estados e aplica a igualdade formal jurídica do direito, que se mostra promissora, inovadora e crítica, e faz emergir uma valiosa pista para enfrentar o problema da aplicação dos direitos a toda a heterogeneidade da sociedade global.

Constitucionalistas de distintas tradições teóricas enfrentaram o desafio de pesquisar um direito constitucional que ultrapasse as fronteiras e ordens jurídicas dos competentes estados. Bem definiu a questão Mark Tushnet (2008, p. 2, nota 7), em palestra proferida ao Instituto Nacional de Haia, sustentando a inevitável globalização do direito constitucional, ressaltando que não se tratava de uma Constituição global ou internacional, mas sim da globalização do Direito do Direito Constitucional doméstico.

Importante destacar que varias ordens jurídicas tem surgido, e como exemplo dessa nova perspectiva destaca-se a União Européia, seus aspectos foram aprofundados e no desenvolver da pesquisa.

Nesse sentido, o transconstitucionalismo mostra o problema da aplicação dos direitos humanos e fundamentais e seu controle, tornando-se concomitantemente consideráveis para mais de uma ordem jurídica, no mais das vezes não estatais, que são instadas a oferecer soluções. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns.

Dessa forma o Direito constitucional, embora seja originário do Estado, deste se emancipa, pois novas ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução de problemas constitucionais básicos, prevalecendo no mais das vezes, acima das normas e orientações dos respectivos Estados.

Assim, esta situação permite conceituar a transversalidade do direito, que não se confunde com o simples transjuridicismo que se observa nas relações de ordens jurídicas no pluralismo medieval, em especial no direito romano, canônico e urbano, direito este régio e feudal, nem na era medieval que não se preocupava com problemas constitucionais dos direitos fundamentais, nem de limitação e controle jurídico do poder, nem mesmo de pretensões como a autofundamentação do direito, pois o direito tinha um fundamento sacro.

Marcelo Neves, dá o nome a esse acoplamento estrutural e racionalidade transversal de direito, justiça e constitucionalismo, de “transconstitucionalismo”, e em poucas palavras Neves define transconstitucionalismo como “o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. Ou seja, problemas de direitos fundamentais e limitação de poder que são discutidos ao mesmo tempo por tribunais de ordens diversas. Por exemplo, o comércio de pneus usados, que envolve questões ambientais e de liberdade econômica. Essas questões são discutidas ao mesmo tempo pela Organização Mundial do Comércio, pelo MERCOSUL e pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. O fato de a mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada concomitantemente por diversas ordens leva ao transconstitucionalismo.

Assim, quando se tem um problema constitucional que ultrapassa as fronteiras dos estados, isto significa dizer que a questão envolveria tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais também conhecidos como arbitrais, bem como instituições jurídicas nativas, na busca de soluções de problemas comuns.

Essa nova ordem internacional visa analisar possibilidades e limites da existência de racionalidades transversais parciais, ou seja, seria uma ponte de transição tanto entre os sistemas jurídicos e outros sistemas sociais quanto entre ordens jurídicas no interior do direito como sistema funcional da sociedade mundial.

Mas também foi necessário analisar tal tema em seus aspectos negativos das relações transconstitucionais, principalmente se o problema envolver práticas anticonstitucionais presentes Estados constitucionais em essência, ou serem contrárias à aplicação dos direitos humanos.

Também foi analisado o termo “constituição”, usado por muitas ordens jurídicas, e delimitou-se historicamente a formação social e hierárquica pré-moderna,

esclarecendo, brevemente, porque a sociedade moderna é condição para o surgimento do constitucionalismo, discutindo-se a possibilidade de uma constituição transversal além do Estado.

E ainda, desvendar problemas do sistema mundial em entrelaçamento, onde diversas ordens jurídicas estão envolvidas simultaneamente para a solução de um caso.

Nesse sentido esse acoplamento da racionalidade transversal da sociedade moderna, seria uma ordem diferenciada de comunicação, funcionando como ponte de transição e rompendo com o dilema da diferenciação pela busca da igualdade, onde a identidade é rearticulada a partir da alteralidade.

Após toda a análise do transconstitucionalismo entre as várias formas de ordens jurídicas existentes, concluiu-se que essa nova ordem constitucional enfrenta problemas quando se depara com a desarmonia constitucional dos estados, através da observação e comparação recíproca entre diversas normas jurídicas da sociedade global, mas é uma nova forma de rearticulação e discussão de problemas constitucionais através do outro modo de ver, pela análise permissão de diálogo para a melhor solução dos problemas que, muitas vezes, é de direitos humanos e fundamentais.

2 A METAFORA DO TERMO CONSTITUIÇÃO E SUA VERDADEIRA SEMÂNTICA

Para melhor entender a exigência de uma constituição transversal necessário se faz estabelecer noções de Constituição, constitucionalismo e constitucionalização, pois os termos são ambíguos e conduzem a falsas premissas.

Ao analisar profundamente o conteúdo dos temas propostos, percebe-se que se o nível de complexidade da sociedade modifica-se, a semântica orientadora do vivenciar e agir precisa adequar-se a ele, porque, senão, ela perde a conexão com a realidade. (Luhmann, 1980, p. 22).

Constituição não pode ser caracterizada meramente como metáfora, desvinculada e carente de função ou valor normativo pela possibilidade de deslocamento, e ser limitada arbitrada e aleatória. Por isso que não se deve recorrer de conceitos de constituição em contextos sociais diversos ou estranhos a verdadeira forma de vida, é como afirma Wittgenstein, *“representar uma linguagem significa representar-se uma forma de vida,..o emprego incompreendido de uma palavra é interpretado como expressão de um processo estranho, a frase parece estranha apenas quando se representa, em relação a ela, um jogo de linguagem diferente daquele no qual nós a empregamos efetivamente”*. (Wittgenstein, 1997, p. 246 e 380, trad. Bras. 1979, PP.15 e 86)

E esses problemas na estrutura do entendimento do termo emergem na medida em que não servem para a compreensão e solução de problemas sociais que apresentam deficiência na estrutura, e a clareza conceitual no plano da sociedade contemporânea é requisito para solucionar problemas decisivos da sociedade.

A afirmação de que o termo “constituição, constitucionalismo e constitucionalização” era usado metaforicamente surge através da análise conotativa e denotativa, que mostra que as semânticas são, em muitas vezes, ambíguas, vagas, tendem ao perigo do risco inflacionário e da perda do contorno a que se pretende.

A semântica constitucionalista relaciona-se intrinsecamente com as mudanças na estrutura social, por isso a afirmação dos riscos apontados acima. Por isso se tornou, na esfera da heterogeneidade mundial, impossível separar a semântica constitucional das transformações sociais e estruturais que a sociedade,

afinal é evidente que mudanças na estrutura influenciam mudanças do artefato semântico e vice e versa.

Se o nível de complexidade da sociedade modifica-se, a semântica orientadora do vivenciar e do agir precisa adequar-se a ele, porque, se não, perde conexão com a realidade.

No âmbito do constitucionalismo revolucionário liberal, meados do século XVIII, o termo “constituição” passou a ser vinculado a desejos e interesses que Walker (2002, PP. 324-7) chamou de *“fetichismo constitucional”*, e nessa linha de raciocínio Schmale (1988, p. 13) reafirmou que *“Uma constituição é objeto do anseio de todos. E para alcançar isso os cidadãos sacrificam seus bens, seus negócios pessoais e sua tranqüilidade.”* E por essa busca incessante por *“Constituição”* proliferaram o período conhecido como *“Sociedades de Amigos da Constituição”* ou também denominados *“Clubes Jacobinos”* onde a constituição era tida como *“catecismo do gênero humano”*.

Os Estados Unidos tinham a Constituição como um “pergaminho mágico” que estava presente em todas as famílias como a “Bíblia política do Estado”. (Biaggini, 200, p. 446, Paine, 1992, p. 149). E o tempo abriu espaço para que o conceito de constituição e constitucionalismo perdesse o contexto e a credibilidade, pois passaram a serem vistos como suportes de esperança e assumiram caráter de conceito político de luta. (Biaggini, 2000, p.465-477 ss).

Reinhart Koselleck denominou-os de conceito antitéticos assimétricos, pois desqualificam moralmente os que lhe opõem, pois se equipara linguisticamente a uma privação ou esbulho.

Na medida em que a sociedade evoluiu, a emancipação do termo se fez necessária, visto que a utilidade do conceito servia como rótulo de razão daqueles que defende e daquilo que designa.

Esse entusiasmo constitucionalista originou-se e perdurou, e com o tempo abriu espaço para a tendência de que o conceito de constituição ou constitucionalismo perdesse qualquer contorno, deixando de ser um “conceito-guia” para ser, nas palavras de Neves, um “conceito-panaceia”, ou seja, remédio para todos os males, ou ainda um suporte de esperança, e é exatamente esse o problema, pois o conceito de constituição, bem como de constitucionalismo partiu de uma “ofensiva vitoriosa” para assumir caráter de um conceito político de luta.

Essa situação merece cautela, visto que leva a aplicação à instituições, realidades políticas e jurídicas distintas. Dessa forma, o termo constituição passa a, contextualmente, ser limitada.

A constituição do estado moderno, conforme aponta Koselleck (2006, p. 191), sugere uma emancipação e desvinculação, tendo em vista que ela invoca nos dias atuais o oposto de uma política de opressão como originalmente, que tornou-se uma qualificação simplista da razão e correção daqueles que a defendem e daquilo que ela designa.

Por isso existem tantas instituições e realidades jurídicas tão distintas e em contextos tão diferentes que usam o termo constituição. Dessa maneira, realmente constituição passa a ser uma metáfora de encadeamento de idéias ilimitada.

Assim, percebe-se que a constituição em sentido moderno deve evitar a vinculação a história ou com a base estrutural a que se refere, pois ela se torna uma experiência científica com imperfeições sem referência reflexiva, o que deve ser evitado.

Segundo Neves, para melhor entender o uso arbitrário de metáforas constitucionais, necessário se faz o exame do significado e da função da Constituição em sentido moderno, e para isso, é fundamental a precisa localização histórica e rigorosa delimitação semântica do contorno conceitual de constituição e constitucionalismo.

3 COMENTÁRIOS HISTÓRICOS SOBRE A EVOLUÇÃO SOCIAL E OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA SOCIEDADE MODERNA

Para Luhmann, o conceito de constituição, em sentido moderno, relaciona-se com as transformações estruturais que levam a diferenciação funcional, o que era praticamente inconcebível na formação social que antecedeu.

Já que a semântica de constituição muda conforme a estrutura da sociedade, se analisará o conceito de constituição na sociedade pré-moderna, onde a estrutura hierárquica da sociedade se manifesta sob dois aspectos fundamentais de integração.

Segundo Luhmann, na hierarquia da estrutura existiam dois aspectos de integração da sociedade. A Integração Sistêmica, referente a relação de dependência entre as esferas de comunicação, e a Integração Social, referente à relação das pessoas com os sistemas de comunicação.

Em suma, na Integração Sistêmica o cimo da sociedade era composto pela amálgama da sociedade, com base na diferença entre superior e inferior e na semântica, religião e moral que fora construída para identificar o bem do mal, que era análogo da religiosa. (Luhmann, 1986, p. 199)

E essa amálgama preponderava em todas as esferas de comunicação que permaneciam indiferenciadas. A semântica do “bem” localizava-se na estrutura superior, denominada “nobreza”. Já a semântica de “mal” residia na camada inferior da estrutura, denominada “plebe”. Nessa perspectiva, a plebe só praticava o bem quando atuavam de acordo com os modelos comportamentais estabelecidos pela nobreza.

Todas as esferas de comunicação estavam impregnadas religiosa e moralmente pela dominação política. A ciência, a arte, a economia e o direito, estavam subordinados a essa diferença entre bem e mal, superior e inferior. Por conseguinte, a distinção entre lícito e ilícito no direito, seguia os ditames do “bem” e do “mal”.

No tocante a integração social, a distinção se dava nas diferentes maneiras de consideração do homem pela sociedade como sistema social mais abrangente. Ou seja, a sociedade era dividida entre os incluídos, que tinham amplo acesso aos benefícios e prestações, e os excluídos, que não eram considerados membros da sociedade e, portanto, sem acesso à benefícios e prestações.

Neste período, inexistia o conceito que temos de homem em sentido moderno, este só era considerado membro de acordo com sua camada social.

A integração social não acontecia por instituição de direitos, mas sim com a atribuição de privilégios pelo *status*.

As sociedades avançadas pré-modernas apoiaram-se na organização política territorialmente centralizada, ou seja, só com a sociedade moderna, diferenciada funcionalmente e sistemicamente, nitidamente distingue-se integração, organização e sociedade. (Luhmann, 1997, t. 2, p. 634- trad. Esp. 2007, p.502).

Segundo Habermas (Trad. Bras. 2003, p. 231 ss), “o *poder legitimava-se mediante o direito sacro, que era indisponível*”. De acordo com o autor citado, o direito sacro servia antes como justificação da investidura, titularidade e exercício de poder pelo soberano. Nesse contexto, pode-se afirmar que existia uma subordinação do direito ao poder, e essa subordinação política à jurídica, reafirma que dado momento histórico, o poder esteve no centro onde restava somente dever de sujeição e obediência aos pertencentes às camadas inferiores.

Dessa forma as sociedades arcaicas estão ancoradas na integração. No direito arcaico inexistia tanto o procedimento de legiferação quanto o de aplicação jurídica, o direito afirmava-se expressivamente pela comunidade ou por seus membros, de maneira difusa, nas formas concretas de represália e reciprocidade, posto que inexistia diferenciação entre norma e ação, entre normativo e cognitivo. (Luhmann, 1993, p; 58)

Essa indisponibilidade do direito, serve para progredir no sentido de aceitar que o direito arcaico que, à princípio era indiferenciado, no qual inexistia legislação procedimental e expressava-se por seus membros de maneira difusa e concretizada com represálias e reciprocidades, importa a transição do direito para a evolução da sociedade.

No direito Romano era desenvolvido procedimentos complexos para solução de problemas jurídicos, mas o direito permanecia vinculado a ordem geral predominante, não existia estrutura para diferenciação do procedimento legislativo. Permanecia imutável e indisponível e os poderes fáticos, não criticáveis e incontroláveis, alimentavam-se reciprocamente. (Habermas, 2003, p. 180-2)

No antigo estado oriental, denominado “teocrático”, que se encontrava o modelo típico da formação social hierárquica pré-moderna, e que tinha fundamentação imediata na divindade, de acordo com os juristas Habermas e Georg

Jellinek e sintetizado por Marcelo Neves, haviam duas espécies básicas de organização política territorial.

Na primeira o poder estava concentrado nas mãos do representante divino, cuja vontade é análogo ao da divindade, onde o próprio Estado se submete a um poder que lhe é estranho e superior.

Já na segunda espécie, o poder humano é limitado pelo poder divino, que manifesta sua vontade, supraestatal, através de outros órgãos, como exemplo, sacerdotes, que dominava e limitava o poder humano.

Os pontos em comum entre as espécies de poder era que em ambas a vida social se submetia ao poder que a religião exercia sobre o povo e sua significativa consideração sobre bem e mal.

Na Grécia antiga, a semântica do constitucionalismo, referia-se a uma conquista, construção ou invenção da sociedade moderna.

O termo, que no período revolucionário veio a se chamar “*constitution*”, era chamado de “*politéia*”, termo este que caracterizava a conseqüente indiferenciação entre direito e política. O conceito de *politéia* não abrangia toda a sociedade, ela distinguia seus membros pelas ordens básicas da *pólis*, onde os incluídos na *pólis* eram os seres racionais e os excluídos ou inferiores eram os seres vis. (Aristóteles, 1968, p. 124 ss)

Já o Estado Romano surge com os *civistas*, comunidade dos cidadãos, formado pelas famílias gentílicas ou ainda pela *res pública*, ou seja, comunidade do povo, constituindo concomitantemente uma comunidade de culto. Jellinek chega a afirmar que todos os estudos sobre a semântica do Estado da Grécia antiga se aplica ao Estado Romano (Jellinek, trad esp. 1973, p. 234).

Contudo, Neves aponta para a diferença existente na divisão da sociedade, classificada por patrícios e plebeus, além dos escravos e os clientes. E mesmo com o glorioso desenvolvimento que o estado sofreu, passando pela República até o Império, a diferença entre patrícios e plebeus permaneceu preponderante.

O poder era exercício pelos patrícios, muito embora Mommsen (1982, p. 10-6) diga que existiam “classes de cidadãos privilegiados dentre os patrícios, o poder hierarquicamente ancorava-se na comunidade de culto, que era a base de reprodução do Estado.

Acentua Neves, quanto a diferenciação e aplicação do direito e sua relação com a política:

Cabe lembrar que, em Roma, já havia a presença de uma certa diferenciação do direito em relação a política...a diferenciação do complexo direito romano referia-se à dimensão dos procedimentos de aplicação jurídica. O direito permanecia assentado na tradição e em princípios de natureza religiosa. Não constituía um direito alterável permanentemente por decisão, o que só torna realidade com a diferenciação do procedimento legiferante no Estado moderno, associada ao surgimento da constituição como instancia reflexiva do sistema jurídico.

Valendo dos estudos de Habermas, passando a analisar o Período Medieval, que confronta-se com dois tipos de organização político territorial: a primeira se caracteriza na força da desintegração feudal e a segunda no poder papal, muito embora este só tenha ganhado força no fim do século XI, pois anteriormente a submissão se dava pelos imperadores, reis e senhores feudais.

Assim, por toda a idade média o direito obteve sua validade dominante na origem divina do direito natural, usando a religião para justificar feitos e a diferença entre suserano e vassalo, soberano e súdito, poder divino e poder secular.

Percebe-se claramente, que em qualquer organização estatal que se estude na antiguidade, se encontraria a dominação da política e do direito pela moral religiosa baseada entre bem e mal a partir de superior/inferior, e a semântica de constituição que se encontra, é incompatível com o modelo constitucional hodierno.

3.1 Períodos de transição

Mesmo com o surgimento do Estado moderno, ainda não é possível a distinção clara entre direito e política. Não obstante, iniciou a tendência de superação dos fundamentos sacros do poder, ou seja, dessacralização do direito, evidenciando a articulação entre instrumentalidade e indisponibilidade do direito. Nesse sentido disse Hobbes (1992, p. 183):

“a lei, em geral, não é um conselho, mas um comando. E também não é um comando dado por qualquer um a qualquer um, mas sim um comando que é dado por quem se dirige a alguém já anteriormente obrigado a obedecer-lhe”

Igualmente, o absolutismo foi caminhando rumo à instrumentalização política do direito, muito embora a influência do novo direito natural, sem a referência ao criador, que ressaltava superioridade em relação às demais criaturas, fosse extremamente forte e relevante. Assim, os princípios metajurídicos do jusnaturalismo, tidos como imutáveis, na prática serviam como forma de impor poder e aplicar o direito. Foi a partir daqui que a justificação para exercer poder sobre o direito, deixou de ser sacro e passou a ser soberano.

Nas palavras de Habermas (1992, p. 583), percebe-se nitidamente essa transição:

“O direito reduz-se a uma dimensão única e passa a ocupar apenas o lugar reservado até então ao direito burocrático da autoridade dominante. O poder político desta emancipa-se da vinculação ao direito sacro e torna-se soberano. A esse poder cabe preencher por conta própria, mediante legislação, a lacuna deixada pelo direito natural administrado teologicamente. Por fim, todo o direito deve emanar da vontade soberana do legislador político. A legislação, a execução e a aplicação das leis tornam-se três momentos no interior de um único processo regulado politicamente”

Destes escritos verifica-se que o absolutismo passou de uma indiferenciação sacra entre poder e direito, para a subordinação instrumental do direito à política.

Para o referido autor, o absolutismo implicou na juridificação das relações horizontais entre privados, por normas positivas, a saber, postas e alteráveis por decisão. Mas essa juridificação não incluía os direitos subjetivos contra os soberanos.

Assim, o simples questionamento da identidade do núcleo de poder violava a razão do estado e constituía crime. Com isso, forçosamente a idéia de revolução e movimentos revolucionários, foram inevitáveis, tendo em vista que o próprio constitucionalismo pressupõe revolução. (CF. Grimm, 1987, p. 45 /45 ss/ Neves. 2009. p.19)

Entretanto, foi no período absolutista que surgiram as cartas de liberdade ou pactos de poder, que no período medieval foram os primeiros escritos, partindo da Carta Magna de 1215, que desenvolveu-se no recinto de conflitos de interesse entre barões feudais e da burguesia contra o monarca do estado.

Mas, ainda assim, pactos de poder não devem ser confundidos como constituição dos tempos atuais. Tanto em relação às pessoas envolvidas, quanto as

matérias referentes aos temas regulados, sem falar na incompatibilidade temporal, posto que os pactos de poder da idade média e do absolutismo são completamente distintos.

Vejamos algumas incompatibilidades: os pactos de poder tinham validade entre os particulares, referindo-se a certos acordos entre o monarca e a nobreza ou burguesia, ao contrário, a constituição moderna, tem a pretensão de ser universal, pois tenta, no mais das vezes, a inclusão de todos os membros de qualquer organização jurídica ou política, sob à luz dos direitos fundamentais.(Grimm, 1987, p. 45 /45 ss/ Marcelo Neves. 2009. p.20)

E mais, os pactos de poder faziam uma certa distinção quanto a aplicabilidade para quem à empregava e para quem eram seus destinatários, já a constituição busca ser universal, muito embora haja diferenças significativas entre nacionais e o resto do mundo, mas este ponto será esclarecido em momento oportuno.

Agora quanto à dimensão material, os pactos de poder eram específicos e pontuais, referiam-se a temas específicos do direito e da política estatal, diferentemente de constituição sob a semântica moderna, que busca um conteúdo abrangente, envolvendo diversas áreas do direito. A compreensão e a expressão do direito e da política nos pactos de poder eram estritos e enraizados ao direito natural, e a constituição, por sua amplitude e extensão, tornava complexa a interpretação, a semântica e o limite de aplicabilidade de suas normas. (Luhmann, 1987, p. 40/53)

Pelas conclusões de Neves, a Constituição em sentido moderno, é normativa, não simplesmente por compor normas jurídicas, mas por apontar diferenças entre política e direito, possibilitando estabelecer limites para ambos. Limitação essa, inconcebível aos pactos de poder ou cartas de liberdade.

Por isso que constituição em sentido moderno é “constituente”, ou seja, no sentido de “constituir” poder no âmbito de validade ou na dimensão temporal, pois a temporariedade renova sua fundamentação e positivação jurídica. Ela tenta distinguir claramente norma e cognição, ou seja, o direito deve ser permanentemente alterável por decisão.

Contudo, Neves levanta uma questão extremamente interessante; como evitar que o direito se torne instrumento daquele que detenha poder? Segundo

ele, esta questão nos leva ao próprio surgimento do constitucionalismo. Porém antes, nos cabe analisar outros pontos fundamentais.

Houve um grande processo de luta pela autonomia de esferas sociais, no início da era moderna. Somente no bojo do constitucionalismo revolucionário do final do século XVIII, que se iniciou o processo de diferenciação entre o direito e o poder.

Não podemos negar que os pactos de poder ou leis fundamentais na Inglaterra, tais como, a *Magna Carta*, o *Habeas Corpus Act*, o *Bill of Rights*, conforme já analisado, foram fundamentais para o desenvolvimento e posterior fortalecimento do constitucionalismo revolucionário que se desencadeou nos Estados Unidos e na França, mas não eram, ao serem analisados separadamente, sinônimo ou semântica de constituição em sentido moderno.

Esses pactos de poder e leis fundamentais, tais como *Magna Carta*, *habeas Corpus Act*, *Bill Of Rights*, dentre outros, não eram isoladamente expressões semânticas de constitucionalismo, antes foram, sem dúvida, elementos de um processo gradativo e evolutivo da diferenciação entre direito e política, que resultou segundo Luhmann (1987, p. 53), o constitucionalismo atípico nos séculos XIX e XX.

4 DA SOCIEDADE HODIERNA HIPERCOMPLEXA E MULTICÊNTRICA

O constitucionalismo relaciona-se com transformações estruturais que servem de base para o surgimento da sociedade moderna, tendo em vista que esta exige ampla diferenciação sistêmico-funcional, e não apenas a simples distinção entre direito, poder e saber, e muito menos somente com a obtenção de liberdade de expressão, religiosa e econômica. (Lefort, 1987, p. 53)

Por isso, Luhmann, afirma ser a sociedade “multicêntrica”, pois a distinção entre sistema e ambiente amplia-se em diversos âmbitos de comunicação de tal forma que se afirmam distintas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica, e também porque toda a diferença se torna *“centro do mundo, a policontextualidade implica uma pluralidade de autodescrições da sociedade, levando à formação de diversas racionalidades parciais conflitantes”*.

A conclusão de Neves, é que não há na sociedade um mecanismo social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos. É por isso que não há uma unicidade de sistemas, e a consequência é a pluralidade de orientadores de comunicação nos mais variados campos sociais, como o “ter/não ter” que prevalece no sistema econômico, o “poder/não poder” no sistema político, o “lícito e o ilícito” do sistema jurídico, e segundo Luhmann, nas ciências humanas tem-se os sistemas “verdadeiro/falso”, “belo/feio”, “aprovação/reprovação”, aprender/não aprender, transcendente/imanente, todas essas diferenças são a base da formação da sociedade moderna.

O mais interessante dessas diferenças é que elas resultam conflitos de racionalidades, onde todas têm a pretensão de universalidade.

Vale ressaltar que essa diferenciação não significa isolamento, pois também importa uma grande aquisição de conhecimento perante os que estão à sua volta.

A sociedade moderna apresenta-se como “mundial” na literalidade do termo, visto que se apresenta como uma formação social que desvincula-se das organizações políticas territoriais e ultrapassa as fronteiras territoriais dos estados.

Nesse sentido, Neves acredita que a sociedade mundial constitui uma conexão unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relação de concorrência e complementaridade, simultaneamente.

Não se deve confundir sociedade mundial com ordem internacional ou com globalização. A ordem internacional é apenas uma das dimensões da sociedade mundial, e a globalização é o resultado de uma intensificação da sociedade mundial.

Nas palavras de Neves (2009, p.26), a intensificação da sociedade mundial:

“...começa a desenvolver-se a partir do século XVI e consolida-se estruturalmente com o surgimento de “um único tempo mundial” na segunda metade de século XIX, em um processo de transformações paulatinas, que se torna finalmente irreversível, alcança um grau de desenvolvimento tão marcante, no final do século XX, que aquilo já assentado no plano das estruturas sociais passou a ser dominante no plano da semântica: sociedade passa a (auto) observar-se e (auto) descrever-se como mundial ou global. Essa situação relaciona-se com a intensificação crescente das “relações sociais” e das comunicações suprarregionais mundializadas com reflexos profundos na reprodução dos sistemas político-jurídicos territorialmente segmentados em forma de Estado”.

Para Neves (1992, p. 72 ss.), nas situações em que há desigualdade e uma imensa exclusão relativa ao sistema econômico, à também uma desdiferenciação economicamente condicionada no âmbito da sociedade mundial, principalmente na sociedade periférica.

O sistema da sociedade mundial que detêm o primado no plano estrutural é o da economia e no plano da semântica é mídia.

No plano estrutural da sociedade mundial, é possível afirmar a excelência da economia, mas não se deve confundir com a literalidade do termo como capitalismo mundial, pois a sociedade hodierna se desenvolve nas esferas de conhecimento: economia, ciência e técnica. A economia, relacionada à técnica e à dimensão da ciência, constitui o principal fator, e prevalece o binário “ter/não ter”.

No plano da semântica, o sistema dos meios de comunicação é o primado da sociedade mundial. Isso se dá pelo fato da diferenciação entre “informação/não informação”, e, de acordo com Luhmann (1987, p. 190 ss), nas margens dos meios de comunicação em massa, que dia a dia, de fato em fato se proliferam, difundindo o saber, que a sociedade cristaliza-se. Entretanto, não é porque os meios de comunicação são a primazia que, será assim o centro da semântica da sociedade.

Importante destacar que na sociedade mundial, tanto no plano estrutural quanto no semântico, ou seja, economia e mídia, respectivamente, não dependem de território para se reproduzirem. Diferentemente do que ocorre com a política que, embora seja um sistema da sociedade mundial, sua reprodução é subordinada à segmentação territorial em Estados.

Os Estados Políticos se diferem dos demais sistemas, pelo fato de a política se diferenciar como um sistema funcional da sociedade mundial, ou seja, a forma primária do sistema político é a funcional, e associa-se secundariamente a segmentação em sistemas políticos territoriais, que por sua vez passam por uma terceira diferenciação mediante a distinção entre o Estado e as outras organizações políticas do mesmo sistema territorial, através do binômio centro/periferia.

Para Luhmann (1987, p. 190 ss), os Estados constituem as organizações que possibilitam sistemas políticos diferenciados conforme o modelo funcional seja de forma segmentaria ou diferenciada internacionalmente em diversos subsistemas delimitados territorialmente. É importante a visualização desses contextos tendo em vista que para a legitimação política na sociedade mundial, ainda há a vinculação entre regiões.

Dessa forma não foi possível constatar haver perspectiva de uma política mundial que abrangente e que ultrapassa-se os limites das fronteiras e da formação dos Estados.

Para Neves isso se deve porque as chances para a tomada de decisões coletivamente vinculantes ainda permanecem fortemente dependentes de processos políticos que somente se desenvolvem no respectivo plano regional.

Percebe-se o tamanho do problema que a sociedade mundial enfrenta, e tão maior é estabelecer, no nível em que as coisas se encontram soluções para a grande divisão entre sistemas, divisões estas impregnadas de estatualismo.

Analogicamente as considerações tecidas sobre o sistema político pode ser transferido ao jurídico, na medida em que o acoplamento estrutural do sistema político, através de Constituições, não tem correspondência no plano da sociedade mundial (Luhmann, 1987, p. 190 ss).

A dependência existente na segmentação territorial em Estados torna o direito e a política proporcionalmente fracos diante dos sistemas que se reproduzem de forma cada vez mais intensa, desenvolvidos com expectativas cognitivas, seja no

plano estrutural, econômico, técnico e científico ou semântico, através dos meios de comunicação de massa, sem a dependência da segmentação territorial.

Entretanto, esses organismos que se reproduzem primariamente em expectativas cognitivas, tanto no plano estrutural quanto no semântico da sociedade mundial, tornou-se imprescindível para a emergência de uma “nova ordem mundial”. Ordem esta, em que os processos de decisões pudessem ser coletivamente vinculantes, mas também a criação de mecanismos de estabilização de futuras normas e regulamentos jurídicos de controle comportamental. Ou seja, uma transformação e expansão do sistema cognitivo da sociedade mundial.

Quanto a essa nova ordem internacional, Slaughter destaca duas compreensões básicas no tocante a dimensão. Na primeira vertente, Slaughter (2004, p. 15), concebe como “ordem baseada em uma tridimensionalidade intrincada de conexões entre instituições estatais desagregadas”, e nesse sentido afirma:

Uma ordem mundial desagregada seria um mundo emalhado por inúmeras redes governamentais. Estas incluiriam redes horizontais e redes verticais, redes para coletar e partilhar informações de todos os tipos, para coordenação política, para execução de cooperação, para assistência e treinamento técnico, talvez, finalmente, para produção de normas. Elas seriam bilaterais, plurilaterais, regionais ou globais. Tomadas em conjunto, forneceriam o esqueleto ou a infra-estrutura da governança global.

Pondera a autora que essas redes governamentais devem distinguir-se nitidamente das redes de organizações globais não governamentais, pois o primeiro representa todos os seus diferentes eleitores e o último pode ser conduzido, respectivamente por lucros e paixões.

As redes governamentais também não se confundem com sistema internacional clássico, localizado acima dos Estados, pois não se trata de uma ordem destinada à regular os Estados, afinal os mesmos agentes que estão julgando, regulando e legislando domesticamente estão, também, procurando alcançar os seus parceiros para ajudar a enfrentar os problemas de governança que surgem quando atores e questões nacionais ultrapassam as suas fronteiras. Conforme esse modelo de Slaughter, a nova ordem mundial relaciona-se especificamente com o trabalho em redes de cooperação e administração de conflitos entre diversos agentes estatais, tendo em vista a emergência de problemas que vão além das fronteiras dos respectivos estados.

Numa segunda vertente, o destaque é dado as redes de atores privados e quase públicos no plano global, onde a globalização corta vínculos íntimos do direito ao discurso político democraticamente legitimado do estado nacional, pois apesar de toda a internacionalidade da política e de todo o direito nacional público, o ponto principal da política e do direito reside ainda hoje no estado nacional.

Teubner (2003, p. 259), acredita que na via da globalização, a política foi claramente ultrapassada pelos outros sistemas sociais, não apenas perdeu seu papel de liderança como regrediu nitidamente em comparação com outros âmbitos parciais da sociedade.

Daí por que se exige que o direito se desvincule da política democrática no âmbito estatal, enfatizando-se as constituições civis da sociedade mundial.

5 DA JUNÇÃO DE ESTRUTURAS DE RACIONALIDADES QUE TRANSCEDEM E ULTRAPASSAM AS FRONTEIRAS: JUSTIÇA E IGUALDADE

A sociedade mundial multicêntrica, formada por pluralidade de esferas de comunicação com pretensão de autonomia e conflitantes entre si, estaria condenada a própria autodestruição, mas desenvolve mecanismos que possibilitam vínculos construtivos de aprendizado e influência recíproca entre as diversas esferas sociais. (Luhmann, 1997, p. 108)

O acoplamento, junção ou ligação estrutural serviria para a promoção e filtragem de influências e investigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando-os no plano de suas respectivas estruturas, sem que nenhum desses sistemas perca sua respectiva autonomia.

Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa.

A linguagem, na visão de Luhmann (1997, p. 112), permitiria a instigação e influências recíprocas entre comunicação e representações mentais e admitiria a incorporação de outros em cada um dos sistemas acoplados.

A linguagem torna possível que os conteúdos das comunicações, como unidades elementares formadas pela síntese de mensagem, informação e compreensão, sejam percebidas no interior da consciência, dando-se, porém, uma comutação interna de sentido. Nas relações dos subsistemas da sociedade, Luhmann vai eleger diversas formas de acoplamentos estruturais, que vinculam estavelmente processos sociais de sistemas autônomos.

Nesse sentido a Constituição Transversal seria o acoplamento estrutural entre política e direito. E é isso que permite a construção de uma racionalidade transversal entre esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial.

Trata-se de mecanismos estruturais que possibilitam o intercambio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas, que conforme o

tipo e a singularidade dos respectivos sistemas ou discursos e de acordo com suas relações específicas, variará intensamente na forma e no conteúdo.

Welsch (2002, p. 295), considera a sociedade multicêntrica sob o ponto de vista da heterogeneidade dos jogos de linguagem. Ou seja, não há um discurso supraordenado imposto aos outros como regulador. A imposição de um dos campos de linguagem aos outros importaria a própria destruição da heterogeneidade das esferas discursivas e dos respectivos sistemas de comunicação.

Nessa linha de raciocínio, Welsch conceitua “razão ou racionalidade transversal” que tem status de razão, de uma faculdade de fazer transições. Neves sintetiza essa idéia como sendo a razão que serve como ponte de transição entre heterogêneos.

Welsch não propõe uma metanarrativa, inteiramente vazia de conteúdo, tanto na perspectiva descritiva quanto na normativa. Do ponto de vista descritivo, há diversas formas de vida, sistemas de orientação, tipos de discurso com diferenças basais, e do ponto de vista normativa, as diversas concepções não devem ser medidas, descreditadas ou coativamente unidas em nome de um supermodelo, que, na verdade, só seria um modelo parcial, correspondente a uma narrativa particular

A dimensão normativa apontada acima aponta para a vinculação da razão transversal com a justiça que seria uma espécie de justiça sem consenso ou uma justiça em face do heterogêneo.

Defende uma justiça, em prol ou em face do heterogêneo. Afinal, a justiça ao contrário do direito, não seria “desconstruível”. Seria uma “justiça sem consenso”, a justiça se basearia no consenso primário, tendo em vista que no plano secundário, qual seja, o do conteúdo, são legítimos dissensos graves, tendo em vista que o que está em jogo um dissenso de base, a partir do qual não é mais possível acordo relativo ao conteúdo.

De forma sabia, Welsch esclarece que se deve contar com a possibilidade de que a atividade da razão não leva a um consenso, mas sim a articulação de dissensos de base. Ainda há a impossibilidade de haver um acordo último a respeito do conteúdo, qual seja o plano secundário.

Esclarece que a justiça, em primeiro lugar teria o papel de corrigir, a justiça teria o papel de atuar corretivamente nas formas particulares da racionalidade e também de intervir na relação entre estas, impedindo exclusões, majorações e

totalizações, assim como possibilitando o intercâmbio e o caráter racional dos conflitos entre elas. E em segundo plano a justiça serviria para manter a pluralidade do todo, ou seja, a diferença nos diversos níveis de um mundo discursivo complexamente heterogêneo.

De acordo com Welsch, a justiça, ao contrário do direito, não seria desconstruível, pois ela consiste na própria desconstrução.

Por outro lado, Walzer, entende que a norma da igualdade exige é uma sociedade em que aqueles homens que tem mais dinheiro, mais poder ou mais saber técnico (e esses homens sempre vão existir) sejam impedidos de, apenas por isso, se porem na posse de qualquer outro bem social. (Walzer, 1998, p. 12).

Porém a concepção de Welsch, põe a justiça a serviço da razão transversal, ou seja, da razão que se transmite, enunciada em uma metanarrativa compreensiva do todo. E não nega que tenha uma posição supraordenada em relação às correspondentes narrativas particulares, pois uma metanarrativa esta estruturalmente acima das narrativas particulares e, implícita ou explicitamente refere-se também a elas, tendo consequências para o seu feitio e proporção. O metadiscurso supraordenado seria garantidor e promotor da heterogeneidade dos jogos de linguagem.

Muito embora Welsch diga que a metanarrativa seja altamente formal e não vinculada a conteúdos como as narrativas particulares, seus conceitos de uma razão transversal abrangente e de uma metanarrativa pós-moderna supraordenada são interessantes nas condições de reprodução de uma sociedade mundial multicêntrica, policontextual, posto que diversas diferenças, pretensões de autonomia e autodescrições da sociedade encontram-se em relações recíprocas muito distintas, a idéia de uma razão abrangente e de um respectivo metadiscurso torna-se sem sentido para os domínios diferenciados de comunicações, ao por-se em conexão com um outro, pode desenvolver seus próprios mecanismos estáveis de aprendizado e influencia mútuos.

Por isso Neves, diz que cabe falar de racionalidades transversais parciais, que para ele:

“que podem servir à relação construtiva entre as racionalidades particulares dos sistemas ou jogos de linguagem que se encontram em confronto. Cada racionalidade transversal parcial esta vinculada estruturalmente às correspondentes racionalidades particulares, para atuar como uma ponte de transição específica entre elas.”

A racionalidade transversal, assim como o acoplamento estrutural, é uma forma de dois lados. O lado negativo do acoplamento estrutural são os bloqueios recíprocos das autonomias sistêmicas mediante corrupção dos sistemas envolvidos. O código de um dos sistemas é sabotado pelo de outro sistema, sendo que por isso perde sua capacidade de reprodução pela sabotagem.

Por exemplo, o código “ter/não ter” (economia), por via do processo eleitoral ou dos procedimentos fiscais e tributários, corrompe as regras do jogo democrático, sabotando diretamente o código da política (diferença governo/oposição construída democraticamente), dar-se-á a corrupção sistêmica se houver incapacidade do sistema político de reagir, conforme seus próprios critérios e programas, à sobreposição negativa da economia. Entretanto, inversamente, subsídios politicamente concedidos para grupos econômicos ineficientes que apóiam o governo podem ser vistos como corrupção política da economia, sabotagem política do código econômico.

Também ocorre entre direito e economia, a compra de sentença, de um indiciamento policial ou de uma denúncia do Ministério Público, bem como dos respectivos arquivamentos, constitui corrupção do direito pela economia, impondo-se o código binário “ter/não ter” diretamente sobre a diferença “lícito/ilícito” na solução de problemas primariamente jurídicos. Se o direito não tem capacidade de reagir a essa intrusão, surge um episódio de corrupção sistêmica. Também, não menos importante, existe a corrupção política do direito, por exemplo, nos casos em que o poder, por força de pressão ilícita, é capaz de obter decisões judiciais policiais ou do Ministério Público juridicamente inconsistentes, sem que o direito tenha condição de reagir com seus próprios códigos e critérios. Há inclusive, a corrupção sistêmica do direito e também da política pelo código familiar “parente/não parente”, bem como, pelo código amoroso “amor/desamor”, assim como, pelo código de diferença difusa entre “amigo/inimigo”. (Welsch, 1991, p. 178).

Conforme posto, a inúmeros fenômenos de corrupção sistêmica como a face negativa dos acoplamentos estruturais. Luhmann, refere-se a essa corrupção sistêmica como o problema moral da sociedade mundial contemporânea, embora afirme a fragmentação da moral como forma especial de comunicação, por entender que o código binário da moral, a saber, a diferença entre “consideração/desprezo por pessoas” não se combina com critérios ou programas generalizados, e explica:

“a autonomia dos sistemas funcionais, assegurada mediante codificações binárias próprias, exclui uma metarregulação por um supercódigo moral, e a moral mesma aceita e, inclusive, re-moraliza essa condição. Pois, agora, sabotagens de código tornam-se o problema moral – como a corrupção na política e no direito, o *doping* no esporte, a compra de amor ou a fraude de dados na pesquisa empírica”

Assim, mesmo afastado o supercódigo e a integração moral da sociedade, e, portanto, afirmada a forma policontextual de auto observação da sociedade, a moral, ao concentrar a sua atenção nas patologiasm atua difusamente no contexto dos sistemas sociais mediante um código binário que contribui para assegurar-lhes a autonomia, na medida em que alerta e “denuncia” a sabotagem dos respectivos códigos e as correspondentes corrupções sistêmicas. (Luhmann, 1997, t.2, p.103 – trad. Esp. 2007, p. 826).

O grande problema da corrupção sistêmica quando se estabelece no plano estrutural onde um código é corrompido e não tem condições de reagir aos episódios de corrupção, é a tendência grave na sociedade contemporânea hipercomplexa de generalização, pois se caracteriza a desdiferenciação sistêmica.

Luhmann admite a relação entre corrupção sistêmica extrema e falta de autopoiese. No caso extremo de corrupção, não se pode mais falar de fechamento autopoiético. A corrupção sistêmica extrema impede a construção do respectivo acoplamento estrutural, e nesse caso, para amplos contextos sociais e regiões do globo terrestre, trata-se de uma “patologia da normalidade” não precisando nem mesmo que a sociedade seja tradicional, diferenciadas hierarquicamente, nas quais a noção de corrupção sistêmica não esta presente e, por tanto, ao constitui o correspondente problema moral. (Fromm, 1956, p. 12 - trad. Brás. 1961, p.26 ss.)

Cumprir analisar agora a racionalidade transversal em seu lado negativo, que se refere à quebra da capacidade de reprodução consistente (autorreferência) por força de bloqueios externos, minando a função seletiva dos acoplamentos estruturais.

O entrelaçamento que serviria como ponte de transição entre esferas heterogêneas, proporcionando aprendizado e intercambio recíproco entre racionalidades parciais mediante interferências estruturais, esbarra no problema do autismo e na expansão de um âmbito de racionalidade sem o reconhecimento do outro.

Consequentemente, se nega a alteridade, posto que uma esfera de racionalidade perde a capacidade de aprendizado em relação a outra ou atua negativamente para o seu desenvolvimento.

Há o perigo da atomização, pois uma racionalidade orientada na exaustivamente na especialização leva a uma letargia em relação às outras formas de racionalidade presente na sociedade mundial.

O antídoto contra a atomização é a construção de entre entrelaçamentos, ou ainda como conceitua Spencer Brown (1971, p. 56) uma re-entry (reentrada), onde haveria uma comutação discursiva de informações no sistema receptor.

Contudo, a consistência interna transforma-se em algo absoluto, não considerando a necessidade de adequação do sistema ao seu ambiente, ou seja, há excesso de redundância, e baixo grau de variedade.

A atomização prejudica a racionalidade particular dos sistemas envolvidos, afinal, excesso de consistência em detrimento da adequação significa irracionalidade. Mas não é só a atomização o problema, há também a expansão imperialista de uma racionalidade contra as demais, e usando-se da expressão francesa que cita Welsch (1996, p. 12), uma árvore tende a crescer de tal maneira no jardim, que suas raízes e ramos poderão impedir ou prejudicar a sobrevivência das demais. Assim, no lado negativo da expansão imperialista, o sistema que dispõe de um código forte, ao relegar um outro a insignificância não só prejudica as pontes de “transição” como também dificulta que os respectivos sistemas atuem adequadamente em relação à sociedade e Teubner (1996, p. 356) menciona a economia, a política, a ciência, a jurisdição e a mídia como *“funestos imperialismos das racionalidades”* que caminham para a autorregulação, que são incompatíveis com a heterogeneidade da sociedade, e ainda acrescenta: *“todos eles prometem que podem produzir, com os seus meios, uma boa sociedade, embora só possam dar respostas parciais para seu campo”*. (Teubner, 2008, p. 32, Neves, 2009, p. 48).

Conforme já analisado, na sociedade contemporânea, a sabotagem da racionalidade transversal encontra-se nos primados estrutural e semântico, respectivamente, economia e mídia.

Portanto, percebe-se que a corrupção sistêmica, lado negativo dos acoplamentos estruturais, é o problema moral da sociedade mundial contemporânea, também o são, a atomização e a expansão imperial de uma

racionalidade particular o lado negativo das racionalidades transversais que também levam a questões morais.

Moral esta, que se refere ao dissenso estrutural, que se reproduz difusamente e que exige o intercambio e o respeito à pluralidade de perspectivas de observação e descrição da sociedade. (Teubner, 2008, p. 32 ss).

Por isso, que essa nova ordem constitucional, implica a presença de uma “razão moral”, que não constitui um “supercódigo”, mas transmite-se transversalmente e fragmentariamente para as variadas racionalidades particulares e “ordena que se olhe adiante, que alternativas e dissensos sejam incluídos e que se reflita sobre sua relação. (Welsch, 1996, p. 941, Neves, 2009, p. 48).

Conforme Welsch bem definiu, somente se pode apresentar de forma legítima um consenso sobre dissenso entre diversos tipos de racionalidades. E acrescenta que essa moral fragmentária do dissenso, é a possibilidade de autonomia e racionalidade dos sistemas e discursos particulares, no lado externo e interno.

Nas palavras de Neves (2008, p. 49):

A “autossuficiência” e o “imperialismo” de uma determinada racionalidade parcial e particular tende a levar, em qualquer parte do globo terrestre, de perto ou à distancia, a reações de desprezo, mas também de choque, indignação. Também nesse caso pode se falar em “patologia da normalidade”, especialmente mediante episódios contínuos de “imperialismo” da racionalidade econômica, política ou midiática em detrimento de outras racionalidades, mas isso não exclui as persistentes reações morais de desprezo nos diversos contextos da sociedade mundial.

De fato, a racionalidade transversal é escassa na sociedade mundial, mas é uma exigência funcional e também uma pretensão normativa característica da sociedade mundial hodierna.

Outrossim, o acoplamento estrutural não serve somente para dar condição à racionalidade transversal, serve para garantir a autonomia, onde há a influencia e relação de racionalidades complexas e desordenadas, mas em observação recíproca, ou seja, uma interpenetração estável e concentrada.

Para alcançar a racionalidade transversal os entrelaçamentos devem servir ao intercambio e aprendizado recíprocos entre experiências de racionalidades diversas, bem como a partilha mútua de complexidade preordenada pelos sistemas envolvidos, e assim, ela se torna compreensível para o receptor, isso no plano dos

acoplamentos estruturais, vejamos um exemplo citado por Neves (2008, p. 50), “contrato” e “propriedade”, são acoplamentos estruturais que permitem a irritação e influência recíproca entre economia e direito, muito embora não façam, por isso, surgir uma racionalidade transversal.

Só seria possível, se estes institutos estivessem estruturados de maneira a contribuam positivamente para o desenvolvimento de ambos os sistemas, pois a regulamentação jurídica economicamente inadequada dos contratos e da propriedade não implicaria racionalidade transversal, da mesma forma que o regime de contrato e de propriedade bem estruturado do ponto de vista econômico pode atuar negativamente contra a racionalidade jurídica referente ao direito dos envolvidos ou de terceiros. Da mesma forma o regime fiscal de receitas e despesas, acoplamento estrutural entre política e economia, pode não levar a racionalidade transversal, desde que a política fiscal seja prejudicial à economia ou, ao ser superadequada economicamente, atue negativamente sobre a legitimidade democrática das decisões políticas. O mesmo pode-se dizer de “constituição”, como sendo o acoplamento estrutural entre política e direito, visto que pode contribuir ou não para a racionalidade transversal, tendo em vista o problema da tendência à “judicialização da política” e à “politização do direito”. (Neves, 2009, p. 50, Luhmann, 1983, 64).

Para Luhmann, o acoplamento estrutural é apresentado bilateralmente, como um mecanismo entre dois sistemas autônomos e a racionalidade transversal implica no entrelaçamento de mais de dois sistemas.

Neves (colocar a pagina), cita um exemplo interessante, o regime fiscal é o entrelaçamento entre “fato econômico, jurídico e político”, assim como o orçamento esta envolvido na economia, no direito e na política, além do Banco Central, que também se assenta na economia, política e direito.

Assim, a exemplo da eleição onde seu resultado depende das influências e condições econômicas e esta vinculada ao estado de direito quanto à regulamentação jurídica, implicando assim, a necessidade de uma racionalidade transversal que viabilize o intercambio construtivo entre política, direito e economia.

Frise-se que não se trata de trilateralidade, trata-se de um fenômeno organizacional que possibilita vários acoplamentos estruturais. Vejamos alguns exemplos citados por Neves:

“Assim, por exemplo, a universidade não só exige uma racionalidade transversal entre sistemas científico e educacional, mas conforme a faculdade, o instituto, o departamento ou laboratório, desenvolve também entrelaçamentos bilaterais que servem a distintas racionalidades transversais: entre educação e medicina na faculdade de medicina (ou, mais abrangentemente, entre sistema de saúde e educação no centro de saúde); entre direito e educação na faculdade de direito; entre educação e arte no centro de artes; entre economia e educação na faculdade de economia; entre educação e técnica no sentido estrito na faculdade de politécnica, etc.”

Assevera Neves, que a compreensão desses pressupostos teóricos é imprescindível, pois à partir dos conceitos de constituição transversal e transconstitucionalismo que pressupõem acoplamentos estruturais e entrelaçamentos como pontes de transição, pois sem elas, estaríamos, nas palavras de Neves (2009, p. 51), num “*constitucionalismo autista, provinciano, autossuficiente (perigo da atomização), ou caminharemos para um constitucionalismo imperial como última ratio do social*”.

Para entender a assimetria e a magnitude do tema, passaremos a analisar o instituto da constituição e suas dimensões.

6 DA CONSTITUIÇÃO TRANSVERSAL

6.1 A Constituição do Constitucionalismo

De acordo Neves e Luhmman, o conceito de Constituição em sentido moderno relaciona-se com o constitucionalismo, inicialmente, como experiência histórica associada aos movimentos revolucionários do final do século XVIII, e assim explicam:

O constitucionalismo apresenta-se inicialmente como semântica político-jurídica que reflete a pressão estrutural por diferenciação entre política e direito no âmbito da emergente sociedade multicêntrica da modernidade. Mas a semântica constitucionalista reagiu construtivamente no plano das estruturas, servindo como “ideologia” revolucionária para o surgimento das Constituições como artefatos possibilitadores e asseguradores da diferença entre sistema político e jurídico. Embora a semântica constitucionalista tenha surgido no centro da emergente sociedade burguesa, sobretudo na Inglaterra e na França, a afirmação de Constituição no nível estrutural apresentou-se primeiramente “em 1776, na periferia do mundo ocidental de então, na América do Norte”, só se configurando “treze anos mais tarde, em 1789, na Europa”.

Já na Inglaterra o processo de constitucionalização teve caráter evolutivo, não podendo caracterizar a Revolução Gloriosa de 1688, como fundadora de uma Constituição em sentido moderno, pois de acordo com Grimm (2004, p. 149), ela se caracteriza como uma revolução para defesa da velha ordem, dos direitos do parlamento contra as intenções transformadoras da coroa. Isso significa somente que a conversão da semântica constitucionalista em estruturas constitucionais, pressupôs a ocorrência de uma revolução com o antigo sistema de poder.

Canotího (1991, p. 59) esclarece que não se trata de um conceito histórico de Constituição, pois o conceito normalmente se apresenta no plano empírico para apontar que em todo estado ou sociedade há relações estruturais básicas de poder. Assim, para renomados Autores como Engels (1998, p. 572 ss), Lassale (1987, p. 130) e Weber (1985, p. 27, trad. Brás. 2004, vol. I pag. 35), bem como Burdeau (1949, p. 249-51), não se pode excluir a presença de uma constituição de qualquer ordem social, inclusive das sociedades arcaicas, pois até mesmo nelas haviam estruturas básicas de poder difuso.

Kelsen (1960, p. 228-30) vai mais longe, e afirma, que o conceito histórico-universal apresenta-se também na concepção da Constituição em sentido material como conjunto de normas jurídico-positivas supremas, pois um núcleo supremo pode ser detectado em qualquer ordem jurídica.

Concordamos com Neves, no sentido de que um conceito desse tipo poderia excluir ordens jurídicas primitivas, posto que nelas não há um nível de organização secundária e tão pouco a regra última de reconhecimento que atuaria como uma constituição em sentido material, não obstante, para todo e qualquer Estado, haveria uma constituição, conforme Hart (1994, p. 91-23) também menciona.

Também pode ter um caráter histórico-universal o conceito culturalista, à exemplo, quando define a constituição do estado como dialética da normalidade jurídica e normatividade jurídica, conforme menciona Heller (1934, p. 91-123), ou, de acordo com Heller (1934, p. 249) quando concebe como processo de integração, pois ambos são encontráveis em qualquer tipo de Estado, inclusive no pré-moderno, no absolutista e no autoritário.

A crítica que se faz a esse conceito é no sentido de que na análise da especificidade do sentido e da função da Constituição como uma das poucas conquistas da civilização moderna, que são o resultado de um planejamento intencional, fica prejudicada na visão de Neves, com esses conceitos de perfil histórico-universal.

Da mesma forma o conceito decisionista não se presta a análise da Constituição em sentido moderno, Schmitt (1993, p. 20-36) define como sendo a “*constituição em sentido positivo*”, como “*decisão de conjunto sobre o modo e forma da unidade política*”, subordinando o direito a política, em especial porque acredita que as leis constitucionais tem uma posição inferior em relação à decisão política fundamental. E novamente o conceito se torna vago, visto que não se aplicaria aos Estados em que houvesse a diferenciação funcional entre direito e política, e menciona Neves que:

“Não é um conceito que serve para a análise e compreensão da Constituição do Constitucionalismo, pois essa supõe uma diferenciação entre sistemas político e jurídico e, conseqüentemente, a autonomia operacional do direito em face da política.”

Percebesse que esse conceito decisionista perdeu significado em face dos movimentos de diferenciação do direito em relação à política. Entretanto, ressalte-se que esse desenvolvimento não é absoluto, pois aplicou-se em apenas partes restritas do mundo.

A Constituição como construção social da modernidade é o mecanismo que possibilita a diferenciação entre política e direito no âmbito dos Estados, mas oportuno destacar que a constituição necessita de ambos os institutos, pois são pressupostos sociais, nesse sentido afirma Neves (2009, p. 56):

Sem um certo contexto social de diferenciação funcional e de inclusão social, não há lugar para a Constituição como mecanismo de autonomia recíproca entre direito e política. Sem a diferenciação funcional das diversas esferas sociais e sem a distinção, clara e radical, entre sociedade e indivíduo enquanto pessoa, não se podem conceber os direitos fundamentais como resposta do sistema jurídico a esses processos sociais de diferenciação. Da mesma maneira, sem autonomia da política em relação aos valores particulares de grupos familiares, étnicos e religiosos e aos interesses econômicos concretos, não se pode construir a democracia como apoio generalizado que possibilita o fechamento operativo do sistema político.

Assim, a Constituição, ao modo que possibilita a diferenciação entre política e direito, também atua como acoplamento estrutural dos dois sistemas funcionais da sociedade moderna, conforme a teoria de Luhmann (1990, p. 193), percebesse a importância da diferenciação e do acoplamento, conforme Neves menciona:

A constituição, por um lado, torna o código-diferença “licito/ilícito” relevante para o sistema político; isso implica que as exigências do Estado de direito e dos direitos fundamentais passam a construir contornos estruturais da reprodução dos processos políticos de busca pelo poder e de tomada de decisões coletivamente vinculantes, inclusive na medida em que decisões majoritárias democraticamente deliberadas podem ser declaradas inconstitucionais. Por outro lado, torna o código-diferença “poder/não poder”, ou em termos contemporâneos, “governo/oposição” relevante para o sistema jurídico. Isso significa que o processo democrático de tomada de decisão política, no sentido de formação da maioria, passa a constituir variável estrutural da reprodução dos procedimentos jurídicos de solução e absorção de conflitos, inclusive na medida em que a produção de normas jurídicas legislativas fica dependente das decisões políticas deliberadas democraticamente e tomadas majoritariamente.

Como bem explicado por Neves (2009, p. 57), esse acoplamento estrutural se concretiza e se realiza mediante procedimentos constitucionalmente instituídos, quais sejam, os judiciais, administrativos, legislativo-parlamentares, os

eleitorais e os democráticos diretos, “*numa escala que vai de uma ênfase na racionalidade jurídica nos primeiros (judiciais) e uma prevalência da racionalidade política nos últimos (parlamentares, eleitorais e democráticos diretos)*”.

A neste caso uma legitimação política e democrática do direito e uma legitimação jurídica da política.

Para Luhmann, a relação estabelecida pela constituição não é harmônica, mas sim uma relação paradoxal de complementação e tensão recíprocas, uma vez que o estado de direito e direitos fundamentais sem democracia não encontram nenhuma garantia de realização, pois os modelos que possivelmente excluíssem a política colocariam em risco os princípios jurídicos da legalidade e da igualdade inerentes, respectivamente ao Estado de direito e direitos fundamentais. Por sua vez, a democracia sem estado de direito e direitos fundamentais descaracteriza-se como ditadura da maioria. Por isso as dimensões da complementariedade,

O fato de as leis deliberadas democraticamente e aprovadas majoritariamente serem declaradas inconstitucionais, por ofenderem o Estado de direito e os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente mostram a tensão permanente entre política democrática e direito positivo no Estado constitucional.

Essa tensão também se apresenta, quando irrompe o poder constituinte democrático como impulso político para a reconstrução geral e refundamentação do sistema jurídico estatal. A Constituição enquanto acoplamento estrutural entrelaça complementaridade e tensão permanentes, bem como rupturas entre política e direito. Lembrando que com isso ela excluía subordinação estrutural de um sistema a outro, especialmente do direito à política, desenvolvendo uma relação horizontal ou ortogonal entre ambos, Luhmann (1965, p. 136) afirma:

Essa ambivalência da Constituição possibilita que ela possa ser vista tanto como instância do sistema político quanto como instituto do sistema jurídico.

No primeiro caso têm-se processos decisórios básicos de construção e reconstrução do Estado, os processos constituintes, parlamentares, administrativos-governamentais e eleitorais ou democráticos diretos, e para Neves (2009, p. 58):

A Constituição implica, então, uma *circulação e contracirculação estrutural básica entre administração* (no sentido amplo dos procedimentos dos órgãos competentes para a tomada de decisão política e sua execução),

política (no sentido estrito, como os processos de formação de programas partidários e escolha entre pessoas e programas), *público* como receptor das decisões e *povo* como o público enquanto reage ativamente às decisões da administração.

Nesse conceito político de Constituição, o povo fecha o sistema político, nesse contexto afirma Luhmann:

O fechamento do sistema ocorre no ponto em que o público formado de indivíduos grupos e organizações, receptor de ordens, importunado administrativamente, torna-se povo; no ponto em que a *volonté de tous* torna-se *volonté générale*.

Isso significa que além do povo constitucional, construção procedimental da Constituição, não há legitimação política como apoio generalizado da circulação de poder, mas sim os particularismos negadores ou corruptores da democracia.

Assim, pode-se afirmar que o processo que faz circular a Democracia é a Constituição em sentido político, ou seja, é a dimensão política da Constituição como acoplamento estrutural.

Do ponto de vista do direito, a Constituição, nas palavras de Neves (2008, p. 59), é a instância reflexiva mais abrangente do sistema jurídico, permanecendo-lhe todos os âmbitos de validade, o material, temporal, pessoal e territorial, e assim pondera:

Enquanto norma de normas ela perpassa transversalmente todo o sistema jurídico, dando-lhe consistência. A constituição importa um nível reflexivo do código "lícito/ilícito" no interior do sistema, o código "constitucional/inconstitucional". A legalidade sobrepõe a constitucionalidade.

Nesse sentido pode-se afirmar que a Constituição tem primazia normativa e é autovinculante na ordem jurídica do Estado constitucional (cf. Wahl, 2002, p. 198).

A constituição em sentido moderno implica a superação dos fundamentos jusnaturalistas, externos, do direito, pois o direito autofundamenta-se constitucionalmente, explica Luhmann o quanto segue:

Assim, ele fecha o sistema jurídico estabelecendo normativamente os procedimentos básicos mediante os quais se pode ingressar no direito. Ela admite reingresso da política no direito mediante os procedimentos constitucionais, especialmente o legislativo. Observada a outra face da

mesma moeda, isso quer dizer que a Constituição estrutura a abertura cognitiva do sistema jurídico, delimitando-lhe a capacidade de aprendizado e reciclagem, sobretudo por meio do estabelecimento dos procedimentos de reforma constitucional. Mas o núcleo de identidade constitucionais (as chamadas “cláusulas pétreas”) é limite insuperável de capacidade de aprendizado do respectivo ordenamento jurídico, exigindo-se no caso-limite de sua negação abrangente, ruptura política, na forma de poder constituinte que reconstrua o acoplamento estrutural do Estado de direito com a democracia, em um novo modelo de Constituição dessa maneira estabelece-se uma nova relação entre o fechamento do sistema jurídico pelo direito constitucional e o fechamento do sistema político pelo povo constitucional.

A Constituição enquanto acoplamento estrutural e, ao mesmo tempo, como mecanismo de diferenciação funcional entre política e direito ou, em outras palavras, de desintrincamento entre poder e lei, que surgiu na esteira de transformações radicais da estrutura social na modernidade, foi, como já salientado, fator e produto de nova semântica, o contitucionalismo.

Isso se expressa claramente, no artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Constituinte Francesa em 1789:

“Toda sociedade em que não esteja assegurada a separação dos poderes, nem direitos e garantias individuais, não tem constituição”

Já na experiência americana, a fórmula semântica se apresenta na afirmação da Constituição como “gramática à liberdade”, Biaggini (2000, p. 458), afirma que as Constituições americanas foram para a liberdade o que a gramática é para a linguagem.

No sentido mais amplo a semântica constitucionalista manifestava-se na concepção de soberania popular, e direitos do homem e dos cidadãos. Essa semântica, embora tenha servido para consolidar e fortificar as novas estruturas políticas e jurídicas, também teve um papel simbólico relevante, muitas vezes de natureza ideológica.

Nesse sentido a existência do voto censitário durante o século XIX em quase todos os países chamados constitucionais, o que se relacionava com a exclusão de amplas massas do processo político, é uma prova indiscutível de que havia um descompasso entre semântica da soberania popular e os limites estruturais da democracia política. A escravidão legal até a segunda metade do século XIX, assim como a segregação racista institucionalizada que perdurou oficialmente até a decisão do caso *Brown v. Board of Education* (1954), realmente

até o advento das ações afirmativas nos anos sessenta, conforme Kaufmann (2007, p. 129 s) menciona em sua obra, é prova inquestionável do desnível abismal entre a semântica constitucionalista e os direitos fundamentais dos Estados Unidos. No mesmo sentido a restauração Francesa, os poderes governamentais da coroa britânica até o início do século XX e o colonismo como limites estruturais à *rule of Law* em face da semântica constitucionalista.

Dessa forma, apesar de todas as limitações estruturais, vale a seguinte autodescrição dado por Neves: “a constituição fecha o sistema jurídico e o povo fecha o sistema político, autolegitimando-os.”

6.2 A Constituição Transversal do Estado Constitucional

Na análise desse tópico, haja vista que já superado mesmo sem ter esgotado, o conceito de acoplamento estrutural, pode-se dizer que a constituição do Estado Constitucional serve como filtro de irritações e influências recíprocas entre sistemas autônomos de comunicação e também como instância de relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente, na política e no direito. Isso envolve entrelaçamentos como “pontes de transição” entre ambos os sistemas, de forma a desenvolver uma racionalidade transversal específica.

Teubner (2008, p. 10), afirma que o que é predefinido politicamente é compreensível juridicamente mediante a Constituição.

Diversos são os procedimentos constitucionais que servem a esse intercâmbio e aprendizado mútuo, possibilitando que a consistência jurídica e a adequação política do direito contribuam para a consistência política e adequação jurídica da política.

A Constituição transversal pressupõe que a política e o direito se vinculem construtivamente no plano reflexivo, implicando observações recíprocas de primeira e segunda ordem entre os sistemas.

Nela o vínculo ocorre entre dois mecanismos reflexivos estruturais, de um lado a constituição jurídica como conjunto de normas de normas ou processo ou

estrutura de normatização, por outro lado, a Constituição política como decisão de decisão, ou como processo decisório sobre processos de tomada de decisões coletivamente vinculantes, conforme bem explicou Neves (2009, p. 63).

Essa transversalidade reflexiva intensifica o aprendizado e atua, eventualmente, parasitariamente para um ou para ambos os sistemas.

Em sua obra Neves faz um interessante questionamento, sobre “como se constroem as racionalidades particulares que são vinculadas transversalmente mediante a Constituição estatal”?

Em resposta, Neves faz referência a Luhmann (1993, p. 214), explica que do lado do direito, cabe definir a racionalidade específica como “justiça” que implica no sistema jurídico “consistência jurídica” no plano do autor - referencia (fechamento normativo) e a “adequação” ou “adequada complexidade” à sociedade (abertura cognitiva) especialmente dos processos de decisão de casos jurídicos, sendo caracterizada como uma “fórmula de contingência” porque motiva a ação e a comunicação no âmbito jurídico.

Sem que possa contar com uma solução juridicamente consistente, o sistema perde sua racionalidade, posto que sem um sistema jurídico orientado primariamente na constitucionalidade, e, correspondentemente, no princípio da legalidade, ou seja, sem justiça constitucional interna, não cabe falar de racionalidade jurídica em uma sociedade complexa.

As decisões iriam subordinar-se a fatores particularistas os mais diversos, sem significado jurídico específico para a orientação do comportamento e a estabilização das expectativas normativas. Portanto, a racionalidade do direito exige, pois, consistência constitucional do sistema jurídico.

Assim, a justiça como racionalidade jurídica envolve a adequação social do direito. E essa é uma questão imperiosa, pois no ambiente do direito há várias pretensões de autonomia sistêmica em conflito.

Como exemplo, uma adequação econômica do direito, pode ter impactos negativos na educação, no direito, na arte e na ciência e vice e versa. Da mesma forma que há valores e perspectivas morais as mais diversas no mundo da vida fragmentado da sociedade mundial complexa do presente, nesse explica Neves:

Algo que se apresente adequado há um grupo pode parecer inadequado ao outro. E não há, nem no plano dos sistemas funcionais, nem no plano do mundo da vida, um projeto hegemônico único. (grifo nosso)

Também nesse sentido, menciona Buckel (2007, p. 223):

“Não existe apenas um único projeto desse que poderia dominar o contexto social, mas sim projetos concorrentes, em correspondência com a multiplicidade das diferenças antagônicas.” (grifo nosso)

Nesses termos, a adequação social do direito, constitucionalmente amparada, não pode significar uma resposta adequada a pretensões específicas de conteúdos particulares, mas sim a capacidade de possibilitar a convivência não destrutiva de diversos projetos e perspectivas, levando à legitimação dos procedimentos constitucionais estabelecidos. Na medida em que esses servem para reorientar as expectativas em face do direito, em especial daqueles que eventualmente tenham suas pretensões rejeitadas por decisões jurídicas.

Assim, a adequação social constitucionalmente fundada no direito, ou seja, justiça constitucional externa mediante procedimentos, exige uma capacidade cognitiva altamente aguçada do sistema jurídico, considerando a complexidade e mesmo a fragmentação do ambiente. Em termos políticos, implica a aceitação de um modelo constitucional que suporte o pluralismo em relação à partidos, a grupos de pressão, à opinião pública, dentre outros.

Entretanto, não é possível haver um equilíbrio perfeito entre consistência jurídica e adequação social do direito, a saber, entre justiça constitucional, ou seja, entre justiça constitucional interna e externa.

No caso da justiça constitucional interna, importa sempre uma orientação motivadora de comportamentos e expectativas que buscam sempre esse equilíbrio, que sempre é imperfeito e se define em cada caso concreto. Contudo, um modelo com a mera consistência constitucional ou justiça constitucional interna, conduz a um formalismo socialmente inadequado. Lembra Neves (2009, p. 65) que o excesso de ênfase na consistência jurídico-constitucional pode levar a graves problemas de inadequação social do direito.

Por outro lado, no caso da justiça constitucional externa, a mera adequação social do direito a um realismo juridicamente inconsistente. A ênfase

excessiva na adequação social do direito tende a levar a subordinação do direito a projetos particulares com pretensão de hegemonia absoluta.

Nesses termos vale citar trecho da obra de Derrida (1994, p. 38), que afirma que: “a justiça é uma experiência do impossível”.

Percebesse que o equilíbrio entre justiça constitucional externa e interna serve como orientação para os envolvidos na rede de comunicações do sistema jurídico estatal.

Cria-se, portanto, um paradoxo, onde o aumento da consistência jurídica implica, em regra, a redução da adequação social do direito e vice e versa. Paradoxo esse, que pode ser processado e solucionado, mas nunca será plenamente superado, pois ele é condição do próprio direito diferenciado funcionalmente. Nesse sentido a superação do paradoxo da justiça implicaria o fim do direito como sistema social autônomo, levando a uma desdiferenciação involutiva ou ensejadora de um “paraíso moral”, de plena realização da justiça, bem como o fim da escassez como forma de por fim à contingência da economia, conduziria a um “paraíso da abundância”, ao fim da economia.

Para Luhmann (1988, p. 64) a consistência jurídica e a adequação social do direito, respectivamente justiça constitucional interna e externa, dependem do princípio da igualdade, o próprio direito é compreendido como mecanismo do tratamento “igual/desigual”. Mas não deve ser entendida a igualdade como uma simples forma de observação da diferença entre igual e desigual, mas como estrutura normativa concretizada e realizada, levando em consideração o lado positivo da forma, a igualdade.

Enquanto norma a igualdade serve para a imunização do direito em face de diferenças juridicamente irrelevantes, mas relevantes em outras esferas da sociedade. Mas isso não significa que o direito não construa suas próprias diferenças assimétricas, como por exemplo, autor e réu, credor e devedor, empregador e empregado, condenado e absolvido, etc.

Walzer (1998, p. 177) fala da igualdade complexa, que em relação específica com o direito, o princípio jurídico-constitucional da igualdade significa que diferenças econômicas, educacionais, religiosas, políticas, culturais, referentes ao saber, etc., mesmo que legítimas nos seus campos do contexto social do direito, não devem transitar imediatamente para o direito, sobretudo se forem assimétricas. Essa é a dimensão da igualdade que se relaciona com consistência jurídica.

De igual modo os critérios de igualdade jurídica não devem transitar imediatamente para outros campos sociais, impedindo ou dificultando que, neles, diferenças sejam construídas e desenvolvidas legitimamente inclusive as assimétricas.

Nesse ponto impõe-se que a igualdade jurídico-constitucional seja adequadamente complexa, conforme a esfera social a que está relacionada, à exemplo, a família, a economia, a política ao esporte, à educação, outro exemplo em que a igualdade seria complexamente inadequada se ele implicasse a negação das normas do pátrio poder em relação a família, prejudicando a assimetria familiar entre pais e filhos; ou ainda, se negasse a eficiência de setores e empresas, impondo igualdade contrária a diferenças legítimas no campo da economia; se desconhecesse a distinção entre maioria e minoria na política democrática; se negasse as assimetrias esportivamente relevantes entre atletas, destruindo as competições desportivas; desconsiderasse, absolutamente, as assimetrias na capacidade de aprendizado entre alunos e de ensino entre os docentes, prejudicando as relações legítimas no âmbito da educação.

Na dimensão da adequação, a igualdade complexa exige uma abertura construtiva com variações e adaptações permanentes, para que não leve a uma igualdade jurídica “imperial”, uma pseudoigualdade, e bem explica Neves (2009, p. 67):

Embora o princípio jurídico da igualdade não implique nem se destine a uma igualdade de fato, nem mesmo a rigor, a uma igualdade de direitos concretos (há sempre assimetrias entre o pólo ativo e o pólo passivo das relações jurídicas), mas antes à imposição contrafactual do acesso igualitário a direitos e remédios jurídicos, não se pode negar que fortes assimetrias em outros campos sociais podem minar a igualdade jurídica. Nesse caso, as desigualdades abismais transitam imediatamente em detrimento do princípio da igualdade jurídica complexa. O direito perde a capacidade de imunizar diferenças decorrentes de outras esferas sociais, o que implica privilégios e discriminações juridicamente ilegítimos. Especialmente no caso das grandes desigualdades econômicas e de poder político, como também, no campo educacional, assimetrias abismais erodem a concretização do princípio da igualdade jurídica, levando a que alguns (sem dinheiro, sem poder, sem educação) tenham acesso limitado a direitos, enquanto outros contam com um acesso amplíssimo a direitos, mas frequentemente não se subordinam a imposições de deveres pelo sistema jurídico.

A consistência jurídica em questão, exige que a igualdade jurídica seja adequadamente complexa para possibilitar o acesso equânime a direitos.

Portanto, o princípio jurídico da igualdade seria inócuo se não oferecesse direitos que possibilitem igualdade de oportunidades nas outras esferas da sociedade.

Pela concepção da teoria dos sistemas de Luhmann, a norma de igualdade exige, no sentido jurídico, que os casos sejam tratados igualmente, enquanto, no seu uso político “que homens sejam tratados igualmente”. Dessa forma, Luhmann (1993, p. 113) reduz a norma jurídica da igualdade à exigência da regularidade da aplicação jurídica, o que com a positivação do direito, constitui o princípio da legalidade. Isso, porém, não corresponde à compreensão do princípio da igualdade no plano reflexivo da Constituição. Como norma de norma, tanto no plano dinâmico da reprodução do sistema jurídico que é a constituição, quanto no nível da estática jurídica, a saber dos conteúdos normativos do ordenamento jurídico, quais sejam, regras, princípios, o princípio constitucional da igualdade supõe o tratamento igual de casos, mas Neves (2009, p. 68) acredita que não se limita a isso.

Nessa perspectiva Neves (2008, p. 69) reconstrói a formulação de Luhmann no seguinte sentido:

“o mandamento de igualdade da Constituição pode levar ao fato de que a igualdade política seja interpretada juridicamente como igualdade/desigualdade de casos.” Se utilizarmos a linguagem de Kelsen neste contexto, cabe afirmar que o princípio da igualdade, na sua dimensão estritamente jurídico-legal, importa a igualdade perante a lei enquanto o chamado “princípio da igualdade política” como conteúdo de prescrições constitucionais significa a igualdade na lei. E, quando se fala no princípio constitucional da isonomia como expressão da racionalidade no âmbito do direito, o que se encontra no primeiro plano é a igualdade na lei.

O tema em questão é primariamente a inclusão igualitária dos homens como pessoas na ordem jurídica e só secundariamente o tratamento igual de casos jurídicos.

Com o princípio constitucional da isonomia como expressão da racionalidade jurídica no plano da coerência interna e adequação externa do direito, passa-se da igualdade como forma lógica para a igualdade como norma.

Para Neves, isso significa dizer que, enquanto forma de dois lados, implicando a diferença “igual/desigual”, a igualdade como norma importa a preferência pelo tratamento igual, exigindo-se do tratamento desigual uma sobrecarga argumentativa. (Luhmann, 1993, p. 111)

Impõe-se a comprovação de que o tratamento igual em um contexto promove, leva ou mantém o tratamento desigual ilegítimo em outros contextos mais abrangentes como ocorre especialmente na justificação das chamadas ações afirmativas que, de acordo com Dworkin (1991, p.223):

Dada a sedimentação e cristalização de discriminações sociais e negativas que impedem ou dificultam o acesso a direitos fundamentais, impõe-se a discriminação jurídica positiva para que se afirme o princípio da igualdade.

Nesse sentido o povo constitucional é o limite da democracia, embora esteja envolvido na circulação e contracirculação do poder. Se o povo como instância procedimental é questionado ou os correspondentes procedimentos deturpados, a democracia como racionalidade do sistema político é abolida ou, no mínimo, esta em crise.

Para que um apoio se estabeleça é imprescindível uma cisão no pólo superior mediante a institucionalização da diferença “governo/oposição” como forma de dois lados abrangente das forças políticas existentes.

Só assim se torna possível um mínimo de neutralização dos particularismos políticos que persistem em detrimento do apoio generalizado.

Não se trata de corresponder aos diversos interesses particulares presentes no ambiente do sistema político, mas sim de possibilitar o convívio de forças antagônicas em uma esfera pública política abrangente. Essa é a questão da heterolegitimação, pois pressupõe procedimentos políticos suscetíveis e abertos às suas instigações e influências.

Depois de analisados os desmembramentos da conexão constitucional entre direito e política, como se vinculam as racionalidades particulares dos respectivos sistemas mediante a Constituição transversal? Como se relacionam construtivamente o princípio da igualdade e a democracia no plano constitucional?

A garantia da concretização normativa do princípio jurídico-constitucional da igualdade depende de procedimentos democráticos de legislação, eleição e participação direta, plebiscito e referendo, assim como da diferença entre política e administração no plano do sistema político.

No que concerne aos procedimentos democráticos à maioria democrática eventual não pode suspender ou destruir o princípio constitucional da isonomia, sob pena não só de destruir a própria justiça como fórmula de

contingência do sistema jurídico, mas também de impossibilitar o apoio político generalizado em uma sociedade complexa e heterogênea, ao negar os direitos políticos iguais.

A igualdade jurídica pressuposta pela política democrática exige, mediante a Constituição transversal, que a maioria procedimental sirva de suporte para a sua manutenção, assegurando os direitos iguais das minorias e neutralizando a diferença “governo/oposição” em relação ao sistema jurídico.

E Neves (2009, p. 75 ss) faz um interessante observação, pois afirma que tanto se essa diferença for suspensa na política quanto se ela passar a ser determinante no âmbito da solução de casos jurídicos, a isonomia jurídica perde o seu significado prático. Por sua vez a diferença entre política e administração possibilita a aplicação prática do princípio da igualdade no âmbito da burocracia estatal. Dessa forma os funcionários podem aplicar a lei igualmente, independente dos interesses concretos daqueles que detêm mais poder no jogo político ou que dispõem de maior influência política em virtude de outras variáveis sociais, como a econômica, familiar, científica, dentre outras, contudo, é evidente que, onde à diferença entre política e administração não se realiza satisfatoriamente e não tem relevância prática, e a Constituição transversal esta ausente.

Luhmann (2004, p 88), esclarece que a constituição estatal moderna surge como uma ponte de transição institucional entre política e direito e, assim, serve ao desenvolvimento de uma racionalidade transversal específica que impede os efeitos destrutivos de cada um desses sistemas sobre o outro e promove o aprendizado e o intercambio recíproco de experiências com uma forma diversa da racionalidade.

Mas, assim como a Constituição como acoplamento estrutural possui o seu lado negativo que é a corrupção sistêmica, a transversalidade constitucional entre política e direito é uma forma de dois lados, que envolve irracionalidades alimentadas reciprocamente, como por exemplo, o excesso de democracia orientado pelo princípio da igualdade enfraquece o Estado de direito, bem como o excesso de Estado de direito em detrimento do jogo democrático.

Luhmann continua explicando e afirma que os procedimentos constitucionais podem não ser aptos a imunizar o direito contra a política em sua ação de parasita; por sua vez, o direito pode atuar como um parasita em face de outro parasita. Nestes casos, a prática constitucional passa a ser inadequada para a

outra esfera e para a sociedade em geral, como por exemplo, o judiciário com pretensão de ocupar o espaço da legitimação política, ou ainda o parlamento e o governo com aspirações de serem referências para a solução de casos jurídicos. Em ambos os casos levam à desconsideração da justiça como igualdade assegurada ao estado de direito, quanto ao desprezo à legitimidade política fundada democraticamente.

Entre esse paradoxo da transversalidade travado entre direito e democracia, embora não haja uma solução definitiva é possível ser controlado. Nesse caso é fundamental o papel dos tribunais constitucionais, posto que eles são organizações extravagantes em que o problema do acoplamento estrutural manifesta-se de forma concentrada. Além da função de filtragem seletiva de influências e irritações, eles servem ao bom funcionamento da Constituição como ponde de transição entre racionalidades diversas. Pode-se dizer que atuam como sendo os fiscalizadores da legitimidade das passagens nos dois sistemas dessa “ponte” servindo a realização da racionalidade transversal nos casos constitucionais.

Mas também há o lado negativo, posto que também podem contribuir para acentuar irracionalmente esse paradoxo, seja por uma atitude judicializante ou por uma postura politizante.

Frise-se a importância da existência de constituições nos âmbitos estatais, tendo em vista que não há espaço para constituições como “pontes de transição” entre direito e política quando não existe um contexto social de diferenciação funcional e de inclusão social abrangente.

Valendo-se da distinção entre enunciado normativo e norma de Alexy (1986, p. 42), não é suficiente a textualização em dispositivos constitucionais para que algo tão cheio de pressupostos transforme-se em norma jurídica.

Luhmann (1983, p 15 e 172) tem razão ao mencionar que a subordinação estrutural de um sistema a outro, especialmente do direito à política, impede que se construa e se desenvolva uma Constituição transversal apta a promover o aprendizado e o intercambio recíproco, construtivo e duradouro de experiências com as racionalidades próprias de cada um desses sistemas.

E Neves sintetiza a resposta a pergunta feita anteriormente, nos seguintes termos

“Diante do exposto, pode se afirmar que a constituição do Estado moderno como promotora da racionalidade transversal específica entre a racionalidade particular do direito e da política só se desenvolveu de maneira significativa em regiões muito limitadas do globo terrestre. Assim como vale em geral para as racionalidades transversais, cabe afirmar que as constituições transversais do Estado são “produtos escassos” da sociedade atual. Além disso, cumpre ainda questionar se as tendências a uma paradoxal “periferização do centro” na sociedade mundial hodierna podem levar a uma situação em que, a rigor, as Constituições transversais do Estado democrático de direito o ocidente desenvolvido transformem-se ou deformem-se em constituições simbólicas.

Nesse diapasão, tem-se cada vez mais fortes, os esforços práticos e teóricos a respeito da necessidade de Constituições além do Estado, às quais se atribuiu a função de desenvolver novas formas de racionalidades transversais.

6.3 – As Constituições Estatais além do Estado

A discussão sobre a existência de constituições transversais além do Estado, no qual já vimos que não é suficiente a referência nem à noção de juridificação, nem a um conceito histórico-universal de constituição, pois esta em jogo a controvérsia sobre o surgimento de instituições que configurem equivalentes funcionais à Constituição transversal do Estado Constitucional, pondo em cheque até mesmo o princípio da soberania estatal, pilastra do direito internacional público.

Ainda que as Constituições estatais modernas já tenham surgido como mecanismos estruturais da racionalidade transversal entre direito e política, a semântica do constitucionalismo transversal somente tornou-se significativa em decorrência dos novos problemas com os quais a atual ordem e as emergentes ordens supranacionais e transnacionais estão confrontadas cada vez mais intensamente. A esse respeito, podem ser designados como exemplares os âmbitos da política de segurança, do comércio mundial, do direito ambiental e dos direitos humanos. (Neves, 2009, p. 83)

O núcleo básico do conceito reside na noção genérica de dimensões que ultrapassam as fronteiras do Estado. O transnacional proposto por Teubner (1996, p. 186), aponta para ordens normativas privadas ou quase públicas que surgem e se desenvolvem no plano global independentemente tanto do estado e de

suas fronteiras quanto de ordens construídas com base em Estados, nacionais ou internacionais.

Quanto à supranacionalidade, esta também não se confunde com transconstitucionalismo posto que as respectivas normas e decisões, fundadas em um tratado, vinculam diretamente os cidadãos e órgãos dos Estados-membros, sendo exemplo, a União Européia.

Quando as novas instituições podemos afirmar que também dão ensejo à transcendência do direito privado, quais sejam, o *jus cogens* e o princípio *erga omnes*, bem como as novas regulações do comércio internacional, à exemplo a OMC – Organização Mundial do Comércio.

Agora, seguindo aos ensinamentos dos mais renomados doutrinadores, analisaremos os modelos de instituições, organizações e novas normas que estão em destaque nos dias atuais.

6.3.1 Modelos de constituições supranacionais globais e a constitucionalização no plano da ordem internacional

Quanto aos temas propostos surgem os mais variados posicionamentos e diferentes enfoques, que vão desde modelos de estado mundial, até a caracterização da carta da ONU como Constituição da comunidade internacional (Neves, 2009, p. 85).

Na maioria a preocupação central é a garantia e manutenção da paz, seguindo os ensinamentos de Kant, mas neste caso, o debate permanece no campo filosófico, faltando, portanto, elementos empíricos que apontem para a realização de uma ordem política em conformidade com a sociedade multicêntrica hodierna.

Há também uma “política mundial interna sem um governo mundial” que defende Habermas (1998, p. 156), quanto a “constitucionalização do direito internacional público”, ou ainda uma “constituição para a sociedade mundial pluralista” ou ainda para uma “constituição cosmopolita sem republica mundial”, para Habermas, deve existir uma política interna mundial, capaz de explorar procedimentos e instituições que promovam uma cidadania mundial, para ele esse projeto levaria a um regime global de bem estar, levando para esferas

supranacionais funções até agora desempenhadas pelos estados separadamente. Seria como regulamentar normativamente, o que Habermas chama de “intervenção humanitária”, e para Neves (2009, p. 87), o modelo habermasiano é sobrecarregado por uma visão idealista chegando às beiras da utopia, pois tal ideal depende de muito mais fatores do que os propostos.

Já o direito internacional público, atribui caráter constitucional à ordem já existente, a exemplo, a Liga das Nações que em 1926 referia-se a constituição da comunidade jurídica internacional (Verdross, 1926 cf Mello, 2000, p.3 ss), e mais tarde, com o criação da ONU, disseminou-se a noção de Constituição da Comunidade Internacional, que indica um direito constitucional mundial em sentido formal (Uerpmann, 2001, p. 565), a exemplo destaca-se a Convenção Europeia de Direitos Humanos – CEDH e a Organização Mundial do Comércio – OMC, que tem em sua essência o *jus cogens* cuja decisão tem aplicação erga omnes e as partes que pactuam tratados e convenções ficam vinculadas a toda e qualquer pessoa ou organização que se enquadrem nos parâmetros de proteção, como por exemplo a proibição do uso da força ou do genocídio.

Contudo, Neves (2009, p. 93) afirma que tal modelo não corresponde às expectativas das grandes potências que demonstrem interesse no respectivo caso ou estão nele envolvidas. Seja no plano dos direitos humanos, seja na divisão de poderes, ainda há graves entraves entre o desenvolvimento de uma satisfatória racionalidade transversal entre direito e política internacional, pois a uma imensa dificuldade em determinar, no âmbito dos direitos humanos, a competência para julgamento, o domínio material e a capacidade de proteção generalizada de tais direitos.

Como definir quem será o responsável em definir e implementar a proteção aos direitos humanos contra Estados ou organizações que o violem, ou como definir em quais casos justificarão sanções e quais seriam elas, ou ainda se há pressupostos ou instrumentos que possibilitem uma proteção generalizada? Outro problema ainda seria o uso político dos direitos humanos como potência para imposição de interesses das classes dominantes.

Alem do mais, existe uma relação muito conflituosa entre as garantias dos direitos humanos, proclamados na Carta da ONU, e os princípios da não intervenção e o princípio da autodeterminação dos povos. Neste caso, o mesmo órgão tem o poder de decisão, qual seja o Conselho de Segurança, que procede

uma proteção muito generalizada dos direitos humanos, e nas palavras de Neves (2009, p. 95) há uma hiperpolítica da proteção internacional, que, por ser casuística, não responde as exigências e expectativas do modelo e o direito acaba subordinado ao poder.

O problema da constitucionalização internacional ou supranacional demasiadamente deficiente no plano global esta diretamente associada ao fato de que não se desenvolveu uma esfera pública mundial forte, ou seja, capaz de influenciar de maneira relevante os respectivos procedimentos jurídicos e políticos. (Stichweh, 2002, p 57 e Brunkhorst, 2002, p. 184). Além do mais, a capacidade de apoio político generalizado, no sentido da neutralização perante os particularismos e as persistentes pressões das relações concretas de dominação, permanece basicamente restrita ao Estado constitucional, não se transportando para o plano global. Nesse sentido, surge a supressão da igualdade ou racionalidade jurídica, por um código superior/inferior que se reproduz ante a assimetria do direito internacional público, se tornando incompatível com a Constituição em sentido moderno. (Neves, 2009, p. 98).

Claro que quando se trata da União Européia, é inegável a força normativa perante os Estados membros, aplicando de forma eficaz os princípios do *jus cogens*, bem como no caso da OMC, que ainda que instável, pela natureza a que propõe que são negociações, é inegável a força de suas decisões em relação aos Estados, organizações e demais afetados.

Importante agora traçar um paralelo entre constitucionalismo e demais ordens jurídicas.

6.3.2 Constitucionalismo Supranacional no plano regional

Completamente diferente, é a análise da possibilidade de um constitucionalismo supranacional que se desenvolva em uma determinada região do plano terrestre.

Para que seja possível, a existência condiciona-se aos seguintes pressupostos: deve haver uma simetria no desenvolvimento dos respectivos

estados-membros, que implica em normas e decisões abrangentes na dimensão social, temporal e material, vinculando órgãos e decisões.

Os esforços da União Europeia para que fosse alcançado um certo nível mínimo de equilíbrio orçamentário por parte dos Estados-membros, são indícios que, diferente da internacionalidade, uma supranacionalidade estável não suporta grandes disparidades de desenvolvimento. (Neves, 2009, p. 100)

E Neves, sobre o tema, assim afirma:

É inconcebível que uma Constituição supranacional transversal, por meio da qual igualdade jurídica e democracia política estão entrelaçadas, possa desenvolver-se com base em Estados autocráticos com constituições instrumentais ou em estados aparentemente democráticos com constituições simbólicas. Esse consiste, por exemplo, em um dos obstáculos que o Mercosul precisaria superar no caminho de transição de uma organização interestatal para uma organização supraestatal que, por fim, pudesse esboçar uma Constituição supranacional transversal.

Sendo assim, enquanto na União Europeia o problema não se relaciona diretamente com o estado de direito, mas sim com a democracia, o caso do MERCOSUL se torna mais grave. As deficiências presentes nos Estados-membros prejudicam a formação de um direito interno sul-americano no MERCOSUL.

Sendo assim, de acordo com Neves (2009, p. 101) enquanto na União Europeia, pelo menos no plano dos Estados-membros, estão presentes, no que diz respeito tanto a democracia quanto ao Estado de direito, os pressupostos para a formação de uma organização fundada no constitucionalismo transversal, o MERCOSUL ainda não preenche sequer essas condições mínimas.

O segundo pressuposto é a construção de um povo constitucional determinante dos procedimentos no plano supraestatal, trata-se de um povo que se distingue por uma heterogeneidade cultural.

O chamado déficit democrático na União Europeia é relacionado à hipótese de que em virtude do deficiente desenvolvimento de um povo capaz de determinar os procedimentos, as pressões das constelações particularistas de interesse não estariam sendo neutralizadas e, portanto, a generalização do apoio político ainda seria obstaculizada.

Mediante a circulação e contracirculação de administração, público, povo e governo no plano europeu, há esboços da formação de uma racionalidade

democrática supranacional em condições de vincular-se com a já consolidada racionalidade jurídica mediante uma constituição transversal entre política interna e direito interno europeus, e assim exemplifica Neves (2009, p. 103):

Essa situação pode ser observada na relação circular entre procedimentos legislativos, executivos e jurisdicionais, análogos ao modelo do constitucionalismo estatal.

Na união europeia a procedimentos políticos alheios à esfera pública, e por isso é incompatível com constituições transversais. Entretanto, há sinais de a condensação cada vez mais intensiva de temas comuns no nível europeu, torna muito provável a formação de uma esfera pública supranacional procedimentalmente relevante, que possa levar a uma constituição transversal europeia.

Sendo assim, a jurisdição esta em uma relação fortemente assimétrica com a democratização no plano europeu. Nas palavras de Neves (2009, p. 107), o entrelaçamento equilibrado e construtivo entre racionalidade jurídica (princípio da igualdade) e racionalidade política (legitimidade democrática) no contexto de uma constituição europeia como “ponte de transição” para uma racionalidade transversal entre política e direito no nível supra nacional, não se consolidou plenamente de maneira funcionalmente equivalente à experiência dos Estados constitucionais bem-sucedidos.

A constitucionalização da União europeia, se não nos limitarmos a um conceito histórico-universal de constituição, é um processo em desenvolvimento suscetível de reversões, mas que provavelmente tenderá à consolidação de uma Constituição transversal no plano de um federalismo supranacional. (Neves, 2009, p. 106 ss).

6.3.3 As Constituições Civis Transnacionais

Analisar-se-á agora as constituições transnacionais que se desenvolvem primariamente mediante atores privados e quase públicos, sem Estado.

Para entender tal tópico, deve-se analisar os conceitos de Constituições e sua semântica. Em relação as constituições civis transnacionais, o conceito de constituição é semanticamente ampliado de maneira significativa, pois que ele se estende a vínculos entre a racionalidade orientada pelo princípio da igualdade e as racionalidades de sistemas mundiais que independem da democracia em sua reprodução, essa é a visão de Teubner (2003, trad. Brás. 2003, p. 194), já Luhmann restringe o conceito de constituição a um tipo específico de vínculo entre dois sistemas específicos, a saber, a política e o direito.

Nesse sentido Teubner (2003, p. 197) delimita semanticamente o conceito de constituição ao vínculo entre direito e outro sistema social, exemplo, economia, esporte, ciência, internet, etc, que estariam acoplados estruturalmente, suposta a autonomia dos respectivos sistemas.

Admitida a reconstrução estrutural proposta por Teubner (2003, p. 15-55) as constituições civis identificadas pelo citado autor se igualam como pontes de transição. Pode-se afirmar, portanto, que as constituições civis servem à racionalidade transversal entre esferas sociais globais e ordens jurídicas mundiais, pois entrelaçam a autoprodução do direito com a do correspondente subsistema da sociedade, e assim menciona Neves (2009, p 111):

A ênfase dada por Teubner às ordens jurídicas globais e plurais (law's global villages), acopladas estruturalmente com um dos sistemas mundiais (economia, ciência, esporte, internet, etc) através de constituições civis, é indubitavelmente muito significativa para o esclarecimento da relação entre direito e sociedade no plano global.

De acordo com Teubner (2006, p. 54), ainda existem condições empíricas que limitam o desenvolvimento de constituições civis na sociedade mundial, pois há sintomas dos limites, à exemplo, a *lex mercatoria*, quanto a deficiente autonomia perante os processos econômicos globais, e por ser fraca perante os ataques da política e da economia, tende à, no futuro, se tornar um direito corrupto.

Sendo assim, enquanto a *lex mercatoria* (direito econômico global) continuar sendo subordinada a economia mundial, não corresponderá em uma ordem jurídica apropriada a promover um tratamento igual/desigual, tanto economicamente quanto juridicamente.

A força do código da economia invade de maneira heteronomizante, instrumental ou destrutiva o campo jurídico da lex mercatória. (Neves, 2009, p. 113)

Dessa forma resta claro que a formação das constituições transversais na ordem transnacional ainda se encontra como um modelo ou projeto em perspectiva e caracteriza-se como uma pretensão normativa da sociedade mundial.

7 RELAÇÃO DO TRANSCONSTITUCIONALISMO COM ORDENS JURÍDICAS

7.1 O Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas referente aos problemas constitucionais

Constituição transversal refere-se ao entrelaçamento entre direito e a política, ou quanto as constituições civis, com outro sistema social. A questão se refere a relação entre sistemas funcionais, concentrando-se nos limites e possibilidades de construção de uma racionalidade transversal mediante o aprendizado recíproco e intercambio criativo.

Quanto se trata de transconstitucionalismo, o problema esta em delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas, ou seja, dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna, o direito, proliferam ordens jurídicas diferenciadas ao memo código binário licito/ilícito, mas com diversos programas e critérios. (Luhmann, 1993, p.331)

Neste caso, verifica-se uma pluralidade de ordens jurídicas, cada qual com seus próprios elementos ou operações, atos jurídicos, estruturas, normas jurídicas, processos e procedimentos jurídicos e reflexão da identidade, dogmática jurídica (Teubner, 1989, p.49, trad. bras. 1993, p. 77 ss)

Não só a sociedade mundial, mas também seu sistema jurídico é multicêntrico, na perspectiva do centro, juízes e tribunais, de uma ordem jurídica e o centro de outra ordem jurídica constitui um periferia, por exemplo, para o judiciário brasileiro tanto os juízes de outros estados quanto os tribunais de ordens jurídicas internacionais, supranacionais e transnacionais, quando suas decisões são por eles levados em conta, apresentam-se como periferia e vice e versa. Fala-se em uma conversação ou diálogo entre cortes, que podem se desenvolver em vários níveis, por exemplo, entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e os Tribunais dos Estados membros. Sem dúvida, a forma mais relevante de transversalidade entre ordens jurídicas é a que perpassa os juízes e tribunais, seja interjudicialmente ou não.(Neves, 2009, p. 117)

O transconstitucionalismo faz emergir uma fertilização constitucional cruzada. As cortes constitucionais citam-se reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva. (Slaughter, 2003. p. 193)

Sendo assim, a questão do constitucionalismo, na visão de Neves (2009, p. 121), não se refere a existência de uma constituição em praticamente toda nova ordem jurídica que emerge com pretensão de autonomia. O fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas, e assim menciona Neves (2009, p. 121):

Assim um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) ou, com freqüência, perante mais de uma dessas ordens o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco. No que diz respeito às ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, que envolvem sobretudo atores privados e quase públicos, é indiscutível que questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos surgem perante elas.

Pode-se afirmar que o transconstitucionalismo não é capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial. Contudo, ele tem sido a única forma de dar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna.

A relação transconstitucional entre ordens jurídicas não resulta apenas das prestações recíprocas, interpenetrações e interferências entre sistemas em geral, mas que as diversas ordens jurídicas pertencem ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial, sistema que pretende reproduzir-se em um mesmo código binário, a diferença entre lícito e ilícito.

Partindo simultaneamente de textos normativos e dos casos comuns, podem ser construídas normas diversas tendo em vista que os possíveis processos de concretização que se desenvolverão na ordem colidente ou parceira.

Mas o problema reside exatamente na incompatibilidade das possíveis soluções apresentadas. Daí porque se procura as “pontes de transição”, evidentemente que essa ponte como modelo de entrelaçamento que serve a uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas, não são construídas de maneira permanente e estática no âmbito dinâmico do transconstitucionalismo.

O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a solução de problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Assim, quanto aos direitos humanos, ou direitos fundamentais submetem-se ao tratamento

jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a “conversação” constitucional é indispensável. (Neves, 2009, p. 129)

Nesse sentido, abre-se um leque de soluções constitucionais aos problemas comuns.

Por fim, Neves (2009, p. 131) observa que o transconstitucionalismo tem-se desenvolvido intensa e rapidamente no plano estrutural do sistema jurídico, mas ele ainda se encontra muito limitado no âmbito da semântica constitucional da sociedade mundial. Para evitar será preciso novos aportes metodológicos a serem desenvolvidos em face de uma casuística complexa.

Acrescenta Neves (2009, p. 132) que esse é o grande desafio do transconstitucionalismo para os juristas, especialmente os constitucionalistas. As análises dogmáticas e as investidas teóricas permanecem ainda muito fragmentadas e eventuais, e no plano metodológico, a situação continua embionária.

7.2 Transconstitucionalismo entre direito internacional público e direito estatal

Nas relações entre ordens jurídicas internacionais e ordens jurídicas estatais, surgem cada vez mais frequentemente casos-problemas jurídico-constitucionais, cuja solução interessa, simultaneamente a diversas ordens envolvidas. (Neves, 2009, p. 133)

Sendo assim, são situações em que é invocado mais de um tribunal para a solução do caso, sem que, necessariamente, existam normas de soluções de conflitos de competência ou, em havendo essas, sem que haja convergência em torno delas por parte dos respectivos tribunais. Não cabe falar de redes verticais, o que implicaria admitir uma relação hierárquica entre ordens. (Baudenbacher, 2003, p.523)

Trata-se de entrelaçamento entre ordens de tipo diferente. A partir das perspectivas diversas de observação, a direção para a solução do problema pode apontar para caminhos bem diversos.

O transconstitucionalismo entre ordem estatal e ordem internacional desenvolve-se a partir do seguinte paradoxo: “Os Estados constituem o direito

internacional público. O direito internacional público constitui os Estados”. (Fischer-Lescano, 2003, p. 722).

De acordo com Langer (1995, p. 26 ss), com a transterritorialização dos problemas constitucionais ante ao crescente entrelaçamento das relações internacionais, implica em reação de ambas as direções. Sendo assim, o estado constitucional reage para que anseios referentes aos direitos fundamentais, à democracia e a justiça social não sejam descartados na vala da globalização, dando maior atenção a dimensão internacional em suas constituições (Biaggini, 2000, p. 454), e a resposta a crescente internacionalização da política e do direito, esta na grande ascensão da Constituição das esferas supraestatais, de forma que o direito internacional se torna frutífero para fins constitucionais.

Mesmo Estados Constitucionais estão reagindo a essa tendência, à exemplo, como se manifestou na posição do Estados Unidos e da Grã-Bretanha em face do estabelecimento do Comitê de Direitos Humanos, como também na não ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelos Estados Unidos, também como exemplo, as reservas feitas por certos Estados que foram declaradas nulas, como ocorreu por parte da Itália e da França contra a reserva dos Estados Unidos a respeito da pena de morte para maiores de dezoito anos, na ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos em 1966. (Frohwein, 2000, p. 437)

Há uma proliferação de problemas constitucionais na interface entre direito internacional e estatal, que, embora se esbarrem com freqüência na incapacidade para conversações constitucionais, tem encontrado em algumas experiências, respostas satisfatórias. Vejamos um exemplo, a relação entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e a cultura jurídica consolidada das ordens constitucionais dos Estados ao tribunal vinculados, pois as reações à convenção e às decisões do Tribunal variam significativamente entre os Estados. O TEDH precisa ser capaz do aprendizado e adaptação diante dos desenvolvimentos das compreensões particulares dos direitos fundamentais nas diversas ordens jurídicas nacionais. (Wildhaber, 2005).

Outro exemplo, e a contrariedade entre CEDH e o Tribunal Constitucional Federal Alemão, no julgamento do caso Caroline de Mônaco II, de 15 de dezembro de 1999, na qual se deu maior importância a liberdade de imprensa na divulgação das fotos, com restrições ao direito de imagem. Tal decisão foi

contrariada pelo TEDH em 24 de julho de 2004, que protegia a intimidade da autora em detrimento da liberdade de imprensa. (Walter, 1999, p. 794)

Percebesse que o Tribunal Constitucional Federal alemão deve levar em conta as decisões do TEDH, mas não está vinculado a elas. (Hartwing, 2005, PP. 874, SS)

Deste modo mostra-se imprescindível para os tribunais envolvidos na solução de questões concernentes ao direitos humano, o desenvolvimento de uma racionalidade transversal em face da ordem jurídica da CEDH.

O Tribunal Constitucional da Áustria posicionou-se pela imediata aplicação das normas da CEDH no âmbito interno, assumindo que a convenção é parte integrante do direito constitucional austríaco, nos termos da reforma constitucional adotada em 1964. (Barreto, 2007, p. 83 ss)

Essa abertura do tribunal austríaco em face do direito internacional público em geral, aponta para uma disposição acentuada de um diálogo transconstitucional com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

O Conselho Constitucional Francês, em relação ao TEDH, também aponta para uma abertura de conversação construtiva. Toma-se como exemplo, além de outros, a Decisão nº 2004-505 DC, de 19 de novembro de 2004, o Conselho Constitucional recorreu, na fundamentação de seu acórdão, à decisão do caso *Leyla Sahin v. Turquia* pelo TEDH, de 29 de junho de 2004, na qual se interpretou o artigo 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos no sentido de que esse dispositivo deixa aos Estados-membros uma margem de discricção para a disciplina da liberdade religiosa. Com base nessa interpretação o Conselho Constitucional definiu sua posição de que os Estados são livres, tanto para proibir as alunas islâmicas de usar o véu quanto para autorizá-las a fazê-lo. (Hofstadter, 1979, p 10, trad. bras. 2001, p. 11)

Vale ressaltar o julgamento do caso *Goodwin v. United Kingdom*, em acórdão de 11 de julho de 2002, em que se observa a evolução do direito interno dos estados signatários da convenção serve de fundamento para a mudança da jurisprudência do Tribunal Europeu. O tribunal deixava aos Estados a liberdade de disciplinar livremente o status dos transexuais, e todas as conseqüências do reconhecimento de homem ou mulher. Contudo, o tribunal entendeu que o Reino Unido violava a Convenção Europeia de Direitos Humanos, pois não levou em conta a mudança de sexo. (Piovesan, 2008, p 66 ss).

Outro ponto interessante é a influência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH fora da Europa, entre países que não são signatários da CEDH. Como exemplo destaca-se o voto do Juiz Anthony Kennedy no caso *Lawrence v. Texas*, julgado em 26 de março de 2003, que sustentou a decisão majoritária com o argumento de que o TEDH, como também outras nações, teve uma ação consistente na proteção dos direitos dos homossexuais (Eskridge, 2004), e foi por conta desta decisão que se desenvolveu debate sobre o uso da jurisprudência do TEDH e de outras nações para a interpretação do direito constitucional americano.

Por fim, não menos importante, cumpre destacar a atuação da Organização Mundial do Comércio, no plano do direito constitucional econômico, na solução de controvérsias referentes à legitimidade de normas estatais concernentes ao protecionismo ou à limitação da liberdade econômica além das fronteiras, que tem levado a um forte impacto do modelo econômico liberal nas ordens constitucionais dos Estados envolvidos, cuja posição, em grande parte, é apenas relativa a orientação da OMC. (Nettesheim, 2001, p. 403)

Todos esses exemplos citados em relação ao transconstitucionalismo entre ordens internacionais e ordens estatais apontam para a necessidade de superação do tratamento provinciano de problemas constitucionais pelos Estados, claro, sem que isso leve à crença na *ultima ratio* do direito internacional público.

7.3 Transconstitucionalismo entre direito supranacional e direito estatal

Ao se atribuir o conceito jurídico de supranacionalidade para uma organização fundada em tratado que atribui, para uma organização fundada em tratado que atribui para seus próprios órgãos, competência de natureza legislativa, administrativa e jurisdicional abrangente no âmbito pessoal, material, territorial e temporal de validade com força vinculante para os cidadãos e órgãos dos Estados-membros, de acordo com Langer (1995, p. 50) pode-se afirmar que a União européia constitui a única experiência de supranacionalismo.

Neste caso, a questão primordial no âmbito do transconstitucionalismo é a relação entre a ordem jurídica dos Estados-membros, mais especificamente, a

conexão entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) e as cortes constitucionais ou supremos tribunais estatais com funções constitucionais, vinculados a tradições jurídicas fortemente consolidadas e diversas umas das outras, conforme já analisadas no tópico anterior, sem a pretensão de esgotar o tema. E quanto a esta questão assim explica Neves (2009, p. 153):

Embora se possa afirmar a primazia do direito comunitário perante as ordens jurídicas nacionais, a questão torna-se muito mais simples se considerada apenas com base nessa asserção geral: em primeiro lugar, porque se trata de “hierarquia entrelaçada” entre ordens normativas que se observam reciprocamente; em segundo lugar porque surgem problemas constitucionais que são relevantes tanto para cortes constitucionais dos Estados-membros como para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, dando ensejo a seleções e interpretações diversas dos textos normativos a serem aplicados e a compreensões (construções distintas dos casos jurídicos subordinados a julgamento. Essa situação implica uma relação “complementar” entre o direito da União e o dos Estados, em uma “rede de elementos constitucionais” (Walter, 2000, p. 12), ou, em outras palavras um “cruzamento de direito constitucional nacional e europeu” em face do cidadão. (Krajewski, 2001, p. 126)

Nesse sentido, aponta-se para uma conversação constitucional fundada no aprendizado recíproco do que em uma forma hierárquica monolítica. Mas evidente que esse modelo não exclui tensões entre ordens e os respectivos tribunais em matéria constitucional.

Quanto a primazia citada acima por Neves, se refere ao direito comunitário perante o direito nacional, sustentada pelo TJCE com base na concepção de que haveria uma vinculação direta do tratado comunitário com os povos europeus, não é negada pelos tribunais constitucionais, mas é relativizada, tendo em vista que ela pode ser excepcionalmente desconsiderada se não preencher certas condições determinadas pelo direito constitucional do respectivo Estado (Maduro, 2003, p. 508).

Pode-se, portanto, afirmar que não se trata de uma pura e simples hierarquia, na qual um tribunal supremo poderia decidir em última instância qualquer conflito em matéria constitucional, evidencia-se em termos práticos nas condições impostas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em face de decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. As decisões *Solange I* (BVerfGE 37, 271) e *Solange II* (BVerfGE 73, 339) são emblemáticas a esse respeito. Bem como a decisão *Maastricht*, de 12 de outubro de 1993.

Essas decisões provocaram reações críticas de juristas entusiastas da integração europeia, com as afirmativas, dentre outras, a de Joseph Weiler (1999, p. 322): *“a solução oferecida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão não é conversação [...] não é conversação [...]. Embora o Tribunal alemão mencione que essas decisões têm de ser tomadas em cooperação com o TJCE, ele reserva a si mesmo a ultima palavra. Um diktat europeu é simplesmente substituído por um nacional. E um diktat nacional é muito mais destrutivo para a comunidade, se se contempla a possibilidade de quinze diferentes interpretações.”*

Ocorre que é exatamente nessa pluralidade de possibilidades interpretativas que reside à questão do transconstitucionalismo entre a ordem supranacional europeia e as ordens estatais a ela vinculadas. Deve haver uma disposição de cooperação entre o TJCE e as cortes internacionais. Tem-se verificado um desenvolvimento nessa direção por força da reação das cortes constitucionais à supremacia absoluta do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, por causa das particularidades das ordens constitucionais dos Estados Nacionais e as posições diversas dos tribunais dos Estados nacionais e as posições diversas dos tribunais constitucionais respectivos. (Slaughter, 2000, p. 1104s)

A conversação transconstitucional exige a renúncia do narcisismo por parte dos tribunais e conselhos constitucionais ou das cortes com função de natureza constitucional. O diálogo transconstitucional exige capacidade de pôr-se na posição do outro. E para Neves (209, p. 166), isso é fundamental para a manutenção e o desenvolvimento do transconstitucionalismo europeu entre ordem jurídica supranacional e ordens jurídicas estatais.

7.4 Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais

Entre tribunais de diversos estados vem se desenvolvendo, de maneira cada vez mais freqüente, uma conversação constitucional mediante referências recíprocas a decisões de tribunais de outros Estados. Além do fato de que as idéias constitucionais migram mediante legislação e doutrina de uma ordem jurídica para outra (Schauer, 2005, p. 918 ss), há um cruzamento de problemas que exigem um

diálogo constitucional no nível jurisdicional, sobretudo através do desenvolvimento de tribunais constitucionais ou cortes supremas.

O transconstitucionalismo entre ordens jurídicas significa que, em caso constitucionais, as decisões de cortes constitucionais de outros estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional de determinado estado.

Cita-se como exemplo, os casos, *Lawrence v. Texas*, que deu ensejo a um debate sobre a invocação de direito estrangeiro pela Suprema Corte, bem como no julgamento do caso *Printz v. United States* de 27 de junho de 1997, invocando que a experiência das cortes e dos sistemas jurídicos estrangeiros pode “lançar uma luz empírica nas conseqüências de diferentes soluções para um problema jurídico comum.” (Slaughter, 2000, p. 1118; 2004, p. 76).

Também o caso *Knight v. Florida*, no julgamento de 08 de novembro de 1999, também levou em consideração as considerações de cortes estrangeiras em casos comparáveis, pois na área dos direitos humanos a experiência em uma nação serve para informar e inspirar outras nações. (Slaughter, 2004, p. 77)

Outro exemplo, destaca-se o julgamento do processo *Harvard College v. Canada*. (*Harvard College v. Canada Commissioner of Patents*, nº 28155, julgamento 05/12/02, 4 S.C.R. 45).

Talvez a corte em que o diálogo constitucional seja o mais adequado, é a Corte Constitucional Sul-africana. (Davis, 2003) Destaca-se o caso *State v. Makwanyane*, no qual foi declarada inconstitucional a pena de morte. No julgamento desse processo, além de referir-se a decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a Corte Constitucional da África do Sul invocou decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, da Suprema Corte do Canadá, do Tribunal Constitucional Alemão, da Suprema corte da Indiana, do Tribunal Constitucional Húngaro e do Tribunal de Apelação da Tanzânia, bem como Califórnia e Massachusetts. (Slaughter, 2000, p. 1110)

Mas há também diversas outras relevantes experiências em outros países, como a Suprema Corte da Índia, na qual, nos anos de 1950 e 2004, 3629 julgamentos basearam-se no direito estrangeiro, ou seja, 24,6% do total de suas decisões. (Smith, 2006, p. 239 s)

Também os Supremos Tribunais de outros países como Zimbábue, Israel, Nova Zelândia, Alemanha, Suíça, Inglaterra e Irlanda, bem como a América Latina, que também desenvolvem jurisprudências em que, não só o direito

estrangeiro, como os precedentes de tribunais de outros países tem sido invocados regularmente com força de convencimento, (Slaughter, 2004, p. 71).

Contudo, ressalta Neves (2009, p. 173), citando Delmas-Marty, 2006, p. 103, que deve-se tomar cuidado para não confundir o transconstitucionalismo com o simples “transplante” de instituições jurídicas, nem vinculá-los a estados mais fracos na constelação internacional.

Ao confrontar-se com problemas jurídicos, os tribunais invocarem dispositivos constitucionais e a respectiva jurisprudência de outro país como base para suas próprias decisões no âmbito de um judiciário enraizado por sua forte tradição jurídica e em uma ordem jurídica que não conta com uma Constituição escrita, é um forte indício do desenvolvimento de um transconstitucionalismo.

Falando da nosso sistema agora, o transconstitucionalismo como experiência brasileira vem se desenvolvendo no Supremo Tribunal Federal, a exemplo, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.424/RS de 17 de novembro de 2003, cujo âmbito de discussão foi fundamental a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira.

Outro exemplo brasileiro se manifesta no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), que ganhou destaque os precedentes da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. (Slaughter, 2004, p. 75).

Segundo Slaughter, resta claro que para o desenvolvimento do diálogo transconstitucional entre ordens jurídicas estatais também depende de “*comitas judicial*” e de negociação judicial. No primeiro caso tem-se a estrutura e as regras básicas para um dialogo global entre juízes no contexto de casos específicos, claro que tem seu lado negativo, como quando há competição e os mal-entendidos entre os juízes. Já no segundo caso, qual seja, na negociação judicial, é limitada e refere-se aos casos de falência global em que ocorre o acordo entre as cortes sem a intermediação de tratados internacionais.

Por fim, tem-se que o ponto de partida do transconstitucionalismo é a abertura dos constitucionalismos estatais para outras ordens jurídicas, seja do mesmo tipo ou de forma diversa.

7.5 Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e transnacionais

Na concepção de Neves (2009, p. 187), uma das dimensões mais instigantes do transconstitucionalismo refere-se ao relacionamento das ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, com ordens normativas que são construídas primariamente não por Estados ou à partir de Estados, mas por atores ou organizações privados ou quase públicos.

De acordo com Dieter Grimm, a essas instituições criadas por Estados (OMC, Banco Mundial e FMI) somam-se atores que atuam globalmente, como empresas multinacionais

Tais ordens não permanecem isoladas, estando em relação de colisão ou de cooperação com outras ordens jurídicas, inclusive com a ordem jurídica estatal. Nesse sentido surge o problema do transconstitucionalismo, quando questões constitucionais, referentes a direitos fundamentais, ou ainda à organização básica de poder, levam ao entrelaçamento das ordens e dos respectivos tribunais supremos.

Ainda que as ordens jurídicas transnacionais tenham dificuldade de construir-se autonomamente perante os sistemas funcionais globais e as organizações com os quais estão estruturalmente vinculados, quais sejam, economia, esporte, internet, organizações não governamentais, etc, afirmam exatamente com base na forma dos respectivos sistemas funcionais e organizações, uma pretensão de autonomia perante o direito estatal, do que resultam problemas de entrelaçamentos, no plano reflexivo de autofundamentação entre elas e as ordens estatais. (Grimm, 2004, p. 161)

Um exemplo típico é a *lex mercatoria* (Goldman, 1964, p. 192), que é uma ordem jurídico-econômica mundial no âmbito do comércio transnacional, cuja construção e reprodução ocorre primariamente mediante contratos e arbitragens decorrentes de comunicações e expectativas recíprocas estabilizadas normativamente entre atores e organizações privadas, breve conceito dado por Neves (2009, p. 189).

É de grande importância apontar, que tanto a *lex mercatoria* quanto a as ordens estatais, tem pretensões de autonomia e autofundamentação, e por exigirem uma capacidade de prontidão para o intercâmbio e o aprendizado, tendo em vista a fluência de casos relevantes para ambas as ordens. O maior perigo entre

tais ordens é o desprezo recíproco, ante o estatismo predominantemente ideológico em detrimento do desenvolvimento econômico, ou ainda pelo privatismo calçado em interesses de agentes econômicos com alta capacidade de estratégia com conseqüências destrutivas para terceiros, social e economicamente mais frágeis.

Vale destacar a prontidão da justiça estatal francesa em relação à arbitragem em matérias concernentes ao direito econômico transnacional que se tornou marcante no caso *Putrabali*, julgado pelo Tribunal de Cassação francesa, a mais alta corte judicial na França, em 20 de junho de 2007, e o aspecto mais relevante desse caso está na admissão explícita pelo mais alto tribunal judicial da França de que a *lex mercatoria* é autônoma em face de qualquer ordem jurídica estatal, seguindo uma tradição já presente na jurisprudência e doutrina francesa.

Nos casos envolvendo a concomitantemente a *lex mercatoria* e a ordem jurídica estatal no âmbito de matérias constitucionalmente relevantes exigem um tratamento nos termos do transconstitucionalismo, uma vez que cada uma das ordens tem pretensão de autonomia e autofundamentação. Portanto, em alguns casos, deve haver o diálogo transjudicial, além de uma conversação transconstitucional entre ordens jurídicas de tipos diversos, inclusive uma relação construtiva entre seus tribunais, e assim afirma Neves (2009, p. 195):

Evidentemente, há riscos graves no que se refere ao desenvolvimento de uma “conversação transconstitucional” com a nova *lex mercatoria*. Embora essa ordem jurídica transnacional sustente, com firmeza e êxito pretensão de autonomia perante as ordens do Estado constitucional, ela é fortemente dependente do sistema econômico e, portanto, também de seus agentes. Estando em primeiro lugar a serviço da eficiência econômica no campo mercantil, sua vinculação ao princípio jurídico constitucional da igualdade é secundária e débil. Caracterizada como “direito corrupto” na própria linguagem de um dos seus mais importantes teóricos, sua “capacidade constitucional” é limitada, especialmente a capacidade de envolver-se de maneira satisfatória com questões de direitos fundamentais.

Por isso que para o transconstitucionalismo entre tais ordens é limitado, pois uma delas não se orienta a resolver e enfrentar problemas constitucionais.

Mas não é só na *lex mercatoria* que existe o problema de entrelaçamentos entre ordens jurídicas transnacionais e ordens jurídicas estatais, com possibilidades de colisões transconstitucionais, destaca-se também a *lex sportiva* que é uma ordem jurídica construída com o esporte como sistema funcional

da sociedade mundial, mediante as associações esportivas transnacionais, que tem afirmado um grau de autonomia perante o direito estatal, com conseqüências perante o direito individual de natureza constitucional, especialmente no campo da liberdade contratual e profissional. (Loquin, 2007)

Um exemplo marcante se dá quando os atletas pleiteiam seus direitos perante a justiça estatal, e as associações esportivas tem a pretensão de sustentar sua autonomia perante suas respectivas ordens jurídicas em matéria esportiva.

Na prática os tribunais arbitrais tem esportivos têm afirmado com êxito a sua autonomia perante os tribunais estatais na práxis das decisões de conflitos, levando a colisões e em conseqüência a necessidade de uma conversação transconstitucional.

Outro campo em que a relação entre ordem jurídica estatal e ordem jurídica transnacional formada por atores privados entrelaçam-se de forma marcante na sociedade mundial envolvendo problemas transconstitucionais é a internet, em outras palavras, a *lex digitalis*, que envolve cooperações e conflitos de difícil solução com a ordem estatal.

Como exemplo destaca-se a força regulatória da Cooperação da Internet para Atribuição de Nomes e Números – ICANN (*Internet Corporation of Assigned Names and Numbers*), entidade que tem a função de regular o sistema de nome de domínio na internet. (Bernstorff, 2004 p. 263)

Neste caso, observa-se que o entrelaçamento transconstitucional ocorre porque, ao distribuir globalmente os nomes de domínio para os usuários e assegurar a adequada transmissão de comunicações por via da internet através da manutenção dos “servidores-raiz” e dos *software*, a ICANN dispõe de um poder jurídico no comércio eletrônico, na propriedade intelectual e na escolha dos consumidores, na competição, na proibição de conteúdo ilícito e no discurso político. (Bernstorff, 2009, p. 262)

O problema transconstitucional está no fato de que os judiciários estatais, caso entendam que o uso da internet por quem detém um nome de domínio está contrariando princípios ou regras constitucionais da ordem estatal, precisam fazer uma solicitação à ICANN, para que esta entidade privada, com plena autonomia, decida sobre a solicitação. Para se ter uma baixa legitimidade da ICANN exige-se a transformação do modelo *lex digitalis* envolvendo uma pluralidade de atores públicos e privados capaz de controle transparente do desenvolvimento do

direito da internet, conforme o modelo de “divisão de poderes” com freios e contrapesos. (Neves, 2009, p. 213)

Muitas outras ordens jurídicas transnacionais em relação transconstitucional com ordens jurídicas estatais poderiam ser mencionadas e analisadas, inclusive no vasto âmbito das Organizações não Governamentais – ONGs transnacionais, em que a lista é inumerável. (Berman, 2005, p. 546 s)

Nesse sentido, observa-se que os entrelaçamentos transnacionais entre ordens transnacionais e ordens estatais dificilmente se apresentam de forma isolada, talvez pela diversidade de tipos de ordens transnacionais e pelo caráter informal, o envolvimento delas com problemas transconstitucionais ocorre, simultaneamente com uma pluralidade de ordens de tipos diferentes: estatais, internacionais, supranacionais e locais.

7.6 Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais

Outro ponto de vista do transconstitucionalismo aponta para a relação problemática entre ordens jurídicas estatais e as ordens extraestatais de coletividades nativas em que seus pressupostos culturais não se compatibilizam com o modelo de constitucionalismo do Estado.

Trata-se de ordens arcaicas que não dispõem de princípios e regras secundárias de organização e não se enquadram no modelo reflexivo do constitucionalismo. Sendo assim, não admitem problemas jurídico-constitucionais de direitos humanos e de limitação jurídica de poder e ordens normativas dessa espécie exigem, quando entram em colisão com instituições de ordem jurídica constitucional de um Estado, um “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância e de aprendizado. (Neves, 2009, p. 216 s)

Destaca-se nesse contexto, a experiência latina-americana com problemas jurídico-constitucionais decorrentes do entrelaçamento entre ordens normativas nativas e ordens constitucionais dos Estados, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais.

Em muitos casos procura-se enfrentar o problema com o modelo de integração constitucional da pluralidade resultante das particularidades normativas das comunidades indígenas. Destacam-se nesse caso as constituições da Colômbia e Bolívia, (Botero, 2005), em que se encontram critérios de articulação entre o direito estatal e as ordens normativas das comunidades indígenas.

A pretensão mais acentuada de integração constitucional dessas comunidades encontra-se na recente Constituição boliviana, em que reconheceu o Estado como “plurinacional comunitário” incluindo as comunidades indígenas como unidades políticas com poder e direito de autonomia e autogoverno, bem como a participação na formação da vontade estatal. (Neves, 2009, p. 218)

De igual modo a constituição peruana determinou que as comunidades nativas tem existência legal e são pessoas jurídicas e que são autônomas em sua organização, e, portanto, existe uma jurisdição própria dessa comunidade, baseada nos respectivos direitos consuetudinários, sob a reserva de que o exercício jurisdicional não viole os direitos fundamentais da pessoa, conforme consta no artigo 149 da Constituição Peruana.

Já o modelo brasileiro de integração constitucional das comunidades indígenas apenas reconhece a proteção ao direito originário da terra, mas não a reconhece como autônoma jurisdicionalmente, somente determina a competência da União para demarcá-las,

Essa postura brasileira fortifica a probabilidade de colisões entre ordem jurídica estatal e as ordens normativas das comunidades indígenas.

Um exemplo do entrelaçamento de problemas constitucionalmente relevantes, na relação entre ordens jurídicas estatais e das comunidades indígenas é o caso do regime matrimonial. No Brasil adota-se o modelo monogâmico de sociedade conjugal, sendo penalmente condenável a bigamia, já nas comunidades indígenas no território brasileiro caracterizam-se por adotarem relações institucionais poligâmicas. À princípio tal situação equipara-se a relações estáveis extraconjugais, mas por ser considerada situação legítima pelo direito indígena, a poligamia se torna problemática quando se trata de direito previdenciário, pois com a morte do índio qual das mulheres teria direito a pensão por morte do segurado? Quando a essa questão, a justiça brasileira toma a solução de partilhar entre as companheiras o valor da pensão.

Trata-se de uma situação precária em que se contorna uma colisão entre ordens normativas em princípio inconciliáveis, mas se busca o diálogo constitucional, ante a tolerância transconstitucional.

Por fim observa-se que nenhuma forma de apresentação de autonomia de esferas sociais, inclusive das construídas por comunidades nativas não diferenciadas funcionalmente, tem um caráter absoluto, sendo todas relativas no âmbito da sociedade mundial do presente.

Cabe, portanto, uma postura transconstitucional de autocontenção dos direitos fundamentais, cuja otimização possa levar à desintegração de formas de vida com conseqüências destrutivas para corpos e mentes dos membros das comunidades indígenas. (Neves, 209, p. 229)

Percebe-se que as ordens normativas locais de comunidades nativas não entram em relações transconstitucionais apenas com as ordens estatais, mas também com diversos tipos de ordens normativas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos.

7.7 Transnacionalismo entre direito supranacional e direito internacional

O transconstitucionalismo surgiu em virtude da abertura das constituições estatais para outras esferas do jurídico, mas também vem desenvolvendo entre o direito supranacional e o internacional. Nas palavras de Neves (2009, p. 229), nesse caso, embora a formação e o desenvolvimento estrutural das ordens jurídicas entrelaçadas em face de problemas jurídicos assentem-se em Estados como sujeitos primários, não se trata de ordens estatais.

O transconstitucionalismo se desenvolve na medida em que competências constitucionais originalmente estatais passam a pertencer a órgãos ou entidades supraestatais e interestatais, principalmente na interface entre direitos humanos protegidos internacionalmente e direitos fundamentais garantidos supranacionalmente, surgem problemas jurídicos que levam ao entrelaçamento entre ordens e, portanto, exigem uma conversação constitucional.

Destaca-se como exemplo a relação entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH e a ordem normativa da União Europeia, inclusive o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Ambos estão desenvolvendo uma relação transconstitucional intensa. Quando há casos que são regulados paralelamente por normas da União Europeia, o TEDH os examina procurando conciliar e evitar conflitos.

Também é relevante a relação entre a União Europeia e a Organização Mundial do Comércio, visto que as Comunidades Europeias e seus Estados-membros ocupam uma cadeira na OMC e o entrelaçamento entre ambas é freqüente.

As maiores controvérsias entre a OMC tem ocorrido com mais freqüência entre a União Europeia e os Estados Unidos do que França, Alemanha ou Inglaterra e os Estados Unidos. (Uerpmann, 2001, p. 567)

Trata-se, portanto, do entrelaçamento pluridimensional entre OMC, União Europeia e Estados não pertencentes às Comunidades Europeias, especialmente os Estados Unidos, como por exemplo a regulamentação do mercado de bananas e da proibição pela União Europeia, da importação de carne de animais que sofreram tratamento hormonal nos Estados Unidos. (Uerpmann, 2001, p. 569)

E mesmo nesses casos ocorreram entrelaçamentos bilaterais quando se consideram as posições do TJCE perante as normas da OMC e a orientação dos órgãos de solução de controvérsias da OMC perante as diretivas da União Europeia. No tocante ao acordo do mercado de bananas, o TJCE decidiu que os dispositivos do acordo teriam violado um dos princípios básicos do direito comunitário, qual seja, o da não discriminação. (Nettesheim, 2001, p. 397).

Já no caso da proibição da carne de animais tratados hormonalmente, os Órgãos de Apelação da OMC afirmou a incompatibilidade com o Tratado instituidor dessa Organização. Só quando a União Europeia manteve a proibição, o caso passou a ser tratado no modelo de níveis múltiplos.

Por fim observa Neves (2009, p. 234) que a União Europeia por ser praticamente a única experiência abrangente de supranacionalismo, é um foco do transconstitucionalismo em diversas direções, pois ela vincula os estados-membros mediante o tratado, bem como os cidadãos e os respectivos órgãos estatais mediante o direito secundário da Comunidade, torna-se a mais versátil e sensível para entrelaçamentos do transconstitucionalismo em diversas direções, por isso ela

tem sido a instância mais importante para ascensão e o desenvolvimento de um transconstitucionalismo multilateral, atuando como correio de transmissão fundamental em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos e serve de exemplo para experiências em outras partes do mundo.

8 TRANSCONSTITUCIONALISMO PLURIDIMENSIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O transconstitucionalismo em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos está relacionado direta e indiretamente com problemas de direitos fundamentais ou direitos humanos.

A noção de direitos humanos importa em que toda e qualquer pessoa tem que ter cidadania, é, de acordo com Arendt (1973, p. 296) “um direito a ter direitos”, que diante de sua relevância, após superado a tridimensionalidade em direitos civis, políticos e sociais, foram positivados e garantidos nas constituições estatais.

Há vários casos e reações e violações escandalosas dos direitos humanos, como por exemplo, o genocídio a tortura, bem como a falta de condições mínimas de sobrevivência para grande parte da população na sociedade mundial de hoje, implicando exclusão social de grupos humanos, que também caracteriza uma violação à dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, deve-se partir do princípio de que os direitos humanos e fundamentais devem ser vistos como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade multicêntrica e de acesso universal ao direito enquanto subsistência social. (Neves, 2005, p. 8)

Nesse sentido, quanto maior for a exclusão em determinados âmbitos da sociedade mundial, tanto maior será limitada a realização funcional nos respectivos contextos sociais. Por isso, a fragilidade da afirmação dos direitos humanos nas correspondentes áreas territoriais ou esferas funcionais diferenciadas. (Luhmann, 1993, p. 582)

Dessa forma, os direitos humanos e os direitos fundamentais dizem respeito à inclusão da pessoa e à diferenciação da sociedade. Os conteúdos praticamente coincidem. A diferença reside no âmbito de suas pretensões de validade. Os direitos fundamentais valem dentro de uma ordem constitucional estatalmente determinada, já os direitos humanos pretendem valer para o sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, ou seja, qualquer ordem existente na sociedade mundial e não apenas para a ordem jurídica internacional.

Vale ressaltar, na problemática jurídico-constitucional dos direitos humanos e fundamentais no âmbito dos estados, que passa por todos os tipos de ordens jurídicas no sistema social de níveis múltiplos: ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais, supranacionais, transnacionais e locais.

As controvérsias sobre os direitos humanos decorrem da possibilidade de diversas leituras do conceito, da pluralidade conflituosa de interpretações e concretizações das normas e da incongruência dos diferentes tipos de direitos humanos. (Neves, 2009, p.256) E a situação ainda se agrava se considerar que as diversas ordens normativas do sistema jurídico mundial de níveis múltiplos têm compreensões sensivelmente diversas das questões dos direitos humanos, muitas delas sendo, avessas aos direitos humanos como sendo para toda e qualquer pessoa.

É nesse ponto que o transconstitucionalismo se torna especial, pois corta transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigando, ao mesmo tempo, cooperação e colisões.

Esse diálogo constitucional deve sempre existir, a exemplo, destaca-se o diálogo que existe entre os supremos tribunais ou cortes constitucionais, que invocam precedentes jurisprudenciais de outras cortes estrangeiras e de tribunais internacionais. Desta-se nesse caso, o debate americano sobre a invocação de direito estrangeiro que implica a referencia aos direitos humanos de outros países, no caso *Lawence v. Texas* (2003), referente ao livre exercício de práticas homossexuais, bem como com o caso *Roper v. Simmons*, julgado pela Suprema Corte Americana, em que as controvérsias residiram em determinar ou não a aplicação da pena de morte à um menor. Ao votar, o juiz Antonin Scalia assim sustentou que, “embora as opiniões de nossos próprios cidadãos sejam essencialmente irrelevantes para as decisões da corte nos dias atuais, os pontos de vista de outros países e da comunidade internacional estão no centro das atenções. (Roper v. Simmons, p. 622/ Delmas-Marty, 2006, p. 53) E, tem-se uma visão favorável contra o constitucionalismo provinciano por uma visão mais aberta ao diálogo constitucional.

A uma alternativa interessante entre incluir sem restrições ou excluir absolutamente o outro, proposta por Jackson (2005, p. 112-4), que denomina “modelo de articulação”:

Em terceiro lugar o direito constitucional pode ser compreendido como um *locus* de articulação (engagement) entre o direito doméstico e as fontes e práticas jurídicas de direito internacional ou estrangeiro. Segundo esse ponto de vista os interpretes da constituição não tratam o material estrangeiro ou internacional como vinculante, ou como algo a ser presumidamente seguido. Mas tampouco colocam viseiras para excluir as fontes e a experiência jurídicas estrangeira. As fontes transnacionais são vistas como interlocutores, oferecendo um meio de testarmos a compreensão das nossas próprias tradições e possibilidades ao examiná-las na reflexão das outras.

Esse modelo de articulação redundava em um modelo de entrelaçamento transversal, onde as “pontes de transição” de materiais entre ordens jurídicas ocorrem no nível constitucional. O intercâmbio e o aprendizado com o outro que constitui o lado positivo do entrelaçamento.

Ao tratar do caso *Roper v. Simmons*, Waldron (2005, p. 138) recorre construtivamente ao antigo conceito romano de *jus gentium*, para afirmar que ele se distingue da noção moderna de direito internacional, pois se refere a um repertório de saberes que se aplicaria tanto ao direito doméstico quanto ao *jus inter gentes*.

No moderno *jus inter gentes*, os juristas se referem reciprocamente ao conhecimento dos seus pares em outras partes do mundo, assim como os cientistas se referem mutuamente às suas experiências, possibilitando a acumulação de saberes. Nesse sentido, o *jus inter gentes* promoveria “o saber acumulado sobre os direitos e a justiça. (Waldron, 2005, p. 133) Mas não se trata de um saber acumulado em virtude das reflexões filosóficas, mas sim com base em decisões de juízes e legisladores envolvidos com problemas jurídicos reais, no sentido de sobreposição, duplicação, elaboração mútua, assim como da checagem e re Checagem dos resultados. O *jus inter gentes* é apresentado como a alternativa sensata para que se observe o corpo de saberes cuja formação contou com a contribuição de outros por longos anos. (Waldron, 2005, p. 144 s)

Para Neves (2009, p. 261), Waldron recorre ao antigo conceito de *jus inter gentes* que não parece adequado para os complexos problemas do transconstitucionalismo e parte de pressupostos teóricos que, para ele, são muito simplistas. Mas ele oferece elementos interessantes para uma compreensão do significado do diálogo transconstitucional, pois, ao apresentar o direito como “um empreendimento de solução de problemas” (Waldron, 2005, p. 146), fala da

necessidade de abertura para a experiência de outras ordens constitucionais como condição funcional para a solução adequada de problemas jurídicos na sociedade mundial hodierna, principalmente os direitos humanos.

Alguns tribunais constitucionais ou cortes supremas adotaram, desde o seu surgimento, um modelo de convergência, sobretudo pela falta de uma sólida tradição constitucional. O Tribunal Constitucional da África do Sul, após a experiência traumática do *apartheid* talvez seja aquele que tenha invocado mais regularmente não só normas constitucionais e precedentes jurisprudenciais de outros países, como convenções e tribunais internacionais de direitos humanos, sobretudo a Convenção Europeia de Direitos Humanos e o respectivo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, para a formação de seus julgados. (Neves, 2009, p. 262)

Nesse ínterim destaca-se o caso *State v. Makwanyane*, no qual, foi julgado com base na jurisprudência do TEDH, a inconstitucionalidade da pena de morte os termos da Constituição Africana. (Slaugther, 2004, p. 80)

De igual modo, a Suprema Corte do Zimbábue se baseou na jurisprudência do TEDH para determinar que a punição corporal de adultos é cruel e incomum. Da mesma forma tem ocorrido em Israel e em inúmeros casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas.

No direito brasileiro a referência ao direito estrangeiro em matéria de direitos humanos é preponderante. Tanto no julgamento do Habeas Corpus nº 82.424/RS em que o Pleno do STF caracterizou como crime de racismo a publicação de um livro com conteúdo assimétrico, usou farta jurisprudência estrangeira e foi citado inúmeros atos e normas de direito Internacional Público, como em muitos outros julgamentos o STF apresentou a sua disposição para integrar-se em um diálogo transconstitucional no sistema de níveis múltiplos, no qual diversas ordens jurídicas são articuladas concomitantemente para a solução de problemas constitucionais de direitos humanos.

Ante a todos as experiências apresentadas, o caminho mais adequado em matéria de direitos humanos é o “modelo de articulação”, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas de maneira que todas sejam capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com experiências de

ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos humanos e fundamentais.

Nos exemplos apresentados a respeito do transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, corrobora a idéia de que, embora não se possa afastar o direito constitucional clássico do Estado, vinculado ao texto constitucional, o constitucionalismo abre-se para além dos Estados, porque surgem problemas constitucionais, principalmente os referentes aos direitos humanos, perpassam simultaneamente ordens jurídicas diversas, que atuam entrelaçadamente na busca de soluções. (Teubner e Fischer-Lescano, 2008,p 45)

O transconstitucionalismo afigura-se, nas palavras de Neves (209, p. 269) como o “direito constitucional do futuro”, exigindo um maior grau de interdisciplinaridade. Para tanto é fundamental a construção de uma metodologia específica para o transconstitucionalismo.

9 METODOLOGIA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

O ponto de partida é a dupla contingência proposta por Luhmann (1987, p. 325 ss), em que o transconstitucionalismo deve dar possibilidade de a ação ser diversa daquela que projetou e vice e versa. Isso importa a suposição mútua de “graus de liberdade”, basicamente resumida nesta frase de Luhmann (1987, p. 169): “eu não me deixo determinar por ti, se tu não te deixas determinar por mim.

Sendo assim, o transconstitucionalismo depende de um método que não se concentre em uma identidade cega. Ordens jurídicas isoladas são evidentemente levadas, especialmente mediante os seus tribunais supremos ou constitucionais, a considerar em primeiro plano, caso contrário, diluem-se como ordem sem diferença de seu ambiente. Mas elas estão confrontadas com problemas comuns, especialmente quando são de natureza jurídico-constitucional, impõe-se que seja considerada a alteridade. Caso contrário, a tendência é o bloqueio recíproco. Nesse sentido é fundamental, no plano de uma metodologia do transconstitucionalismo, que se considere indispensável a reconstrução permanente da “identidade constitucional” por força de uma consideração permanente da alteridade. (Luhmann, 1987, p. 197/ Rosenfeld, 2003)

Isso não significa a negação da identidade conforme um modelo inocente de pura convergência, e sim a prontidão para uma abertura não apenas cognitiva, mas também normativa para outra ordem entrelaçada em casos concretos. Claro que permanece uma incerteza dos resultados, mas só mediante essa disposição é possível absorver o dissenso originário. O caminho contrário leva ao bloqueio recíproco na solução de relevantes problemas constitucionais, tanto no plano dos direitos humanos e fundamentais quanto no âmbito da organização, controle e limitação do poder. (Neves, 2009, p. 173)

Quanto a aplicação de modelo de ponderação orientada pelo critério da otimização, conforme a principiologia, especialmente na sua formação por Alexy (1986), Neves (2009), acredita ser mais controversia do que parece ser na aplicação do Transconstitucionalismo, pois é um modelo que parte da identidade dos princípios como direitos ilimitados *prima facie*, que só sofreriam restrições mediante o processo de ponderação com outros princípios.

E por ser problemática no interior de uma ordem constitucional, a aplicação do modelo da “ponderação otimizante” torna-se especialmente discutível na relação de direitos fundamentais entre ordens jurídicas no âmbito do transconstitucionalismo. A tendência à “otimização” na relação entre “identidades constitucionais” radicalmente diversas, pode levar não apenas a ilusões, mas também à paralisação “narcisista” recíproca. (Neves, 2009, p. 274)

O fundamental nesse caso é a construção de mecanismos que sirvam à rearticulação da identidade mediante a observação da solução oferecida pela outra ordem para um determinado problema.

Cabe agora falar do método transconstitucional em contenção. Cabe lembrar a tendência das diversas esferas sociais ou discursos em maximizar suas racionalidades em detrimento de outras, como vem enfatizando Fischer-Lescano e Teubner (2006, p. 25s), e quanto a contenção afirma Neves (2009, p. 275) que não é um fim em si mesmo e afirma:

Ela relaciona com dupla contingência, com a capacidade de surpreender-se com os outros, na admissão de um futuro aberto, que não pode ser predefinido por nenhuma das ordens entrelaçadas no caso. É fundamental a disposição de procurar as “descobertas” normativas dos outros, para fortificar a própria capacidade de oferecer solução para os problemas comuns.

Portanto, o transconstitucionalismo não pode ter como ponto de partida uma determinada ordem jurídica, muito menos as ordens dos mais poderosos, mas sim os problemas constitucionais que se apresentam enredando as diversas ordens. (Baudenbacher, 2003, p. 523)

O transconstitucionalismo viabiliza a articulação recíproca de regras e princípios em face do caso e o desenvolvimento de um método do transconstitucionalismo abre possibilidade de construção de uma racionalidade transversal na relação entre princípios e regras de ordens jurídicas distintas. Isso implica a consideração de três níveis de relação entre ordens diversas, cada um desses níveis entrelaçado circulamente com outros: princípio-princípio, regra-regra, princípio-regra, caso haja mais de duas ordens envolvidas, a situação torna-se mais rica em possibilidades de entrelaçamento. E a compreensão dessas múltiplas faces pode levar a novas luzes inclusive sobre a teoria da relação entre princípios regras. (Luhmann, 1984, p. 601)

O modelo de ênfase na alteridade, que implica a busca constante de rearticular a identidade em face do outro, tem os seus limites no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, pois há ordens jurídicas que não estão dispostas ao diálogo transconstitucional, mas isso não quer dizer que elas devem ser excluídas do metodologicamente do transconstitucionalismo, principalmente em relação a elas que a o desafio para seu desenvolvimento. (Neves, 2009, p. 276)

Excluindo-se o simples constitucionalismo imposto, implica uma certa capacidade de encontrar, dentro da ordem do outro, os elementos que possam servir para a sua autotransformação para um primeiro passo ao diálogo transconstitucional.

Para Neves (2009, p. 276 s), em um mundo com problemas constitucionais comuns para a 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 da autofundamentação do que métodos hierárquicos lineares definitivos, sejam esses internacionais, estatais, supranacionais, transnacionais ou jurídico-antropológicos locais.

Sendo assim, com base nos ensinamentos de Neves (2009, p. 277), em uma metodologia do transconstitucionalismo cabe rejeitar tanto um modelo metódico hierárquico quanto a simples constatação da fragmentação do direito, sem horizonte metodológico. Em face da fragmentação, o método transconstitucional precisa desenvolver-se na busca em construir “pontes de transição” que possibilitem um relacionamento mais construtivo, ou menos destrutivo entre ordens jurídicas, mediante a articulação pluridimensional de seus princípios e regras em face de problemas jurídico-constitucionais comuns, dependentes de soluções suportáveis para todas as ordens envolvidas sem uma última instância decisória. Afinal, antes de autoridade o transconstitucionalismo precisa de método.

Portanto, o transconstitucionalismo precisa de método e alterabilidade e diálogo entre as ordens envolvidas.

9.1 Condições empíricas negativas

Há relevantes condições empíricas negativas na realização do transconstitucionalismo na sociedade mundial do presente.

Pode-se afirmar que o transconstitucionalismo carrega o lado positivo que é o desenvolvimento da racionalidade transversal entre ordens jurídicas, e uma dimensão negativa, as relações bloqueadoras e destrutivas entre elas, principalmente pela assimetria das formas de direito, embora essas assimetrias sejam condicionadas por fatores externos.

Quanto a expressão “formas de direito”, considera-se os diversos modos em que se relaciona na dimensão temporal, material, territorial e social, bem como com o código binário “lícito/ilícito” com os programas e critérios jurídicos de decisão e solução de conflitos, mais precisamente, normas constitucionais, legais, administrativas, sentenciais, negociais e consuetudinárias, modelos dogmáticos e precedentes judiciais.

Por causa da assimetria das formas de direito, o transconstitucionalismo é obstaculizado ou prejudicado, pois em determinados contextos uma delas apresenta-se demasiadamente forte em relação a uma outra, desconsiderando as pretensões e exigências da outra.

No âmbito das relações internacionais, a expansão do código do poder em detrimento do código jurídico esta associada à imunização e intocabilidade das ordens jurídicas das “grandes potências” (Luhmann, 2000, p. 244) perante o direito internacional público. Um exemplo reside na impotência das organizações internacionais para realizar o controle da prática jurídica dos Estados Unidos da América e impor-lhes as devidas sanções, à exemplo, o controle jurídico-internacional do armamento é rejeitado pelos Estados Unidos, também pela China e pela Rússia, como inaceitável, constituindo uma interferência ilegítima em assuntos internos. E, no que concerne à competência jurisdicional, os tribunais americanos não estão dispostos a admitir um reconhecimento generalizado da competência das cortes internacionais para julgar os casos em que pretensões de direito internacional público são apresentadas contra o Estado americano ou contra seus órgãos, organizações ou cidadãos.

Essa situação esta vinculada ao problema da assimetria das formas de direito entre ordens jurídicas estatais. Chega-se a constatação de que a autonomia

operativa do direito perante o seu ambiente social só se realizou em poucos Estados constitucionais consolidados. (Neves, 2009, p. 282)

Igualmente, Neves (2009, p. 283) afirma que a relação dos regimes privados para com as formas de direito dos países periféricos afasta-se, com certa regularidade, do modelo transconstitucional. A corrupção sistemática das formas de direito dos Estados frágeis mediante as autorregulações privadas no plano transnacional, em benefício das grandes empresas multinacionais, deve ser levada à sério, como uma exigência para o reconhecimento ou fortificação das autonomias discursivas das esferas plurais da sociedade mundial.

Nesse sentido, cabe destacar que as instâncias centrais do Estado, freqüentemente, não estão dispostas a suportar formas de direito locais e colaborar com elas. Resulta daí, a opressão das pretensões jurídicas locais em nome da unidade estatal, bem como o separativismo cego de comunidades locais que não estão dispostas a conviver com a heterogeneidade do povo e a pluralidade da esfera pública de um Estado constitucional.

Nestes casos a situação é dominada por conflitos de intolerância que não podem ser resolvidos por meio de formas jurídicas, levando, muitas vezes, a solução armada de contendas violentas, avessas ao direito.

10 CONCLUSÃO

O presente trabalho destinou-se a análise do transconstitucionalismo.

Auferiu-se que é uma nova ordem na sociedade mundial que se apresenta como ponte de transição para a solução dos problemas constitucionais comuns a mais de uma ordem jurídica.

Nesse ínterim, significa que a Constituição Estadual, embora vincule normativamente seus concretizadores, especialmente juízes de tribunais constitucionais, ela é reconstruída permanentemente mediante a sua interpretação e aplicação por esses mesmos concretizadores.

A constituição como nível inviolável foi reconstruída por níveis normativos “inferiores”. E esse é um indício claro de que a ordem jurídica estatal autofundamentada constitucionalmente, importa hierarquicamente entrelaçadas envolvendo inclusive o próprio nível, em princípio inviolável da Constituição.

Percebe-se assim, a transformação profunda que tem ocorrido nas condições hodiernas da sociedade mundial na superação do constitucionalismo provinciano ou paroquial pelo transconstitucionalismo. E essa transformação, como foi mostrado na análise dos casos, já vem ocorrendo a um tempo e mostra que o Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais.

Sendo assim, conclui-se que a integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas jurídico-constitucionais que se emancipam dos estados.

Contudo, não se deve confundir e se ilidir com o sistema proposto na busca de níveis invioláveis, como dar ao interconstitucionalismo como *ultima ratio* como uma nova hierarquia absoluta, ou o supranacionalismo como panaceia jurídica, ou ainda o transnacionalismo como fragmentação libertadora das amarras do Estado, ou o localismo como expressão de etnia inviolável.

Assim, contra essas tendências o transconstitucionalismo importa o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema constitucional que seja concomitantemente relevante devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender seus limites e possibilidades de contribuir

para solucioná-lo. Por isso que é enriquecedor e frutífero, por observar, por enxergar um “ponto cego”.

Tal ponto cego, não pode ser visto por seu observador em virtude de sua posição ou perspectiva de observação. E levando em consideração a contribuição enriquecedora de Luhmann, que afirma “eu vejo o que tu não vês” o ponto de um observador pode ser visto pelo outro.

Por fim, conclui-se que o transconstitucionalismo propõe a construção de uma racionalidade transversal que viabiliza o dialogo entre ordens jurídicas o que implica o reconhecimento de limites de observação de uma determinada ordem a outra e que permite a alternativa de que o outro pode ver.

11 BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce (1991). *We the People 1: Foundations*. Cambridge, MA/Londres: Harvard University Press.

_____(1997) "The Rise of World Constitutionalism". In: *Virginia Law Review* 83. Charlottesville/VA: Virginia Law Review Association, pp. 771-97 [trad. bras.: "A asensão do constitucionalismo mundial". In: Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarento (orgs).

A constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio da Janero: Lumem Juris, 2007, pp. 89-111].

_____(1998). *We the People 2: Transformations*. Cambridge, MA/Londres: Harvard University Press.

ALBERT, Mathias (2005). "Politik der Weltgesellschaft und Politik der Globalisierung: Überlegungen zur Emergenz von Weltstaatlichkeit" In: Bettina Heintz, Richard Munch e Hartmann Tyrell (orgs). *Weltgesellschaft: Theoretische Zugänge und empirische Problemlagen*. (Sonderheft der Zeirschrift fur Soziologie). Stuttgart: Lucius & Lucius, pp. 223-38.

_____(2007). "Einleitung: Welstaat und Weltstaatlichkeit: Neubestimmungen des Polischen in der Weltgesellschaft" In: Mathias Albert e Rudolf Stichweh (orgs). *Weltstaat und weltstaatlichkeit: Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung*. Weiesbaden: VS Verlag, pp. 9-23

_____(2007) SCHMALZ-BRUNS, RAINER (2009). "Antinomien der Global Governance: Mehr Weltstaatlichkeit, weniger Demokrati?". In: Hauke Brunkhorst (org.). *Demokratie in der Weltgesellschaft (Soziale Welt, volume especial [sonderband])* 18. Baden-Baden: Nomos, pp. 57-74.

ALEXY, Robert (1986). *Theorie der Grundrechte*. Franjfurt sobre o Meno: Suhrkamp [trad. bras.: *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008].

ALEXY, Robert (1999). "Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Staat". In: Stefan Gosepath e Georg Lohman (orgs.). Philosophie der Menschenrechte. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp 244-64.

ALMER, Josefin (2008). "Inter-Institutional Bargaining in the EU: Comitology and Financial Services". In: Swedish Studies in European Law 2. Oxford/Portland: Hart, pp.155-27

ALT, Hebet (2002). "Konzeptuelle Metaphern und gesellschaftliche Prozesse" In: TRANS. Internet-Zeitschrift für Kulturwissenschaften, n° 13, setembro de 2002 (disponível em: <http://www.inst.at/trans/13Nr/alt13.htm#fn8>, último acesso em : 05/09/2011).

AMANN, Diane Marie (2004). " Guantanamo". I: Columbia Journal of Transnational Law, vol. 42, n° 2. Nova Iorque: The Columbia Journal of Transnational Law, pp. 263-348.

ARANGO, Rodolfo (2005). El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Universidad Nacional de Bogotá/Legis.

ARENDT, Hannah (1973). The Origins of Totalitarianism. Nova edição com prefácios adicionados. Nova Iorque: A Harvest Book.

ARISTÓTELES, (1968). Politik . Trad. al. org Nelly Tsouyopoulos e Ernesto Grassi. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt.

ATLAN, Henri (1979). Entre Le cristal et la fumée: Essai sur l'organisation du vivant. Paris: Seuil.

ÁVILA, Humberto (2008). Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8º ed. São Paulo: Saraiva

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio (1993). Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3º ed. São Paulo: Malheiros

BARRETO, Irineu Cabral (2007). "Les effes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique et judiciaire portugais". In: Liber Amicorum Luzius Wildhaber: Humans Right-Strasbourg Views/ Droit de l'homme Regards de Strasbourg Kehl/Estrasburgo/Arlington, VA: Engel, pp. 65-89.

BARROSO, Luis Roberto (2008). "Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoativas no Brasil". In: Daniel Sarmeto, Daniela Ikawa e Falvia Piovesan (coords). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 661-93.

BARCELOS, Ana Paula de (2005). "O começo da historia: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro". In: Virgilio Afonso da Silva (org.). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, pp. 271-316

BASS, Naomi A. (2002-2003). "The Implications of the TRIPS Agreeemt for Developing Coutries: Pharmaceutical Patet Laws in Brazil and South Africa in the 21st Century" In: George Washington Iternational Law Review 34. Washington: George Washington Univrsity, pp. 191-222.

BAUDENBACHER, Carl (2003). "Judicial Globalization: New Development or Old Wine in New Bottles".In: Texas International Law Journal, vol. 38. Austin: University of Texas at Austin School of Law Plublications, pp. 505-26

BECK, Ulrich (1997): Was ist Globalisierung? Irrtumer des Globalismus- Antworten auf Globalisierung . Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp.

_____ (1999). schon neue Arbeitswelt - Vision: Weltburgergesellschaft. Frankfurt sobre o Meno/Nova lorque: Campus.

BERGSTRON, Carl Fredrik (2005). Comitology: Delegation of Powers in the European Union and the Committe System. Oxford: Oxford University Press.

BERLIN, Isaiah (1975). "Two Concepts of Liberty" (1958). In: Isaiah Berlin. *Four Essays on Liberty*. Londre/Oxford/Nova Iorque: Oxford University Press, pp. 118-72 [reimpr. da 1ª ed. de 1969].

BERMAN, Harold J. (1983). *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge, MA/Londres: Harvard University Press [trad. bras.: *Direito e revolução: A formação da tradição jurídica ocidental*. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2006].

BERMAN, Paul Schiff (2005). "From International Law to Law and Globalization". In: *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, nº 2. Nova Iorque: The Columbia Journal of Transnational Law, pp. 485-556.

BERNSTORFF, Jochen von (2003). "Democratic Global Internet Regulation? Governance Networks, International Law and the Shadow of Hegemony". In: *European Law Journal*, vol. 9 nº4. Oxford: Blackwell, pp. 511-26

_____ (2004). "The Structural Limitations of Network Governance: ICANN as a Case in Point" In: Christian Joerges, Inger-Johanne Sand e Gunther Teubner (orgs.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford/Portland: Hart, pp. 257-81.

_____ (2008a). "The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: Genesis and Symbolic Dimensions of the Turn to Rights in International Law". In: *European Journal of International Law*, vol.19, nº 5. Oxford: Oxford University Press, pp. 903-24 (disponível em: <http://ejil.oxfordjournals.org/cgi/reprint/19/5/903>)

_____ (2008b). "Kelsen und das Völkerrecht: Rekonstruktion einer völkerrechtlichen Berufsethik". In: Hauke Brunkhorst e Rudger Voigt (orgs.). *Rechts-Staat: Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen*. Baden-Baden: Nomos, pp. 167-90

BIAGGINI, Giovanni (2000). "Die Idee der Verfassung- Neauusrich- tung im Zeitalter der Globalisierung?" In: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 141 (119 da nova serie). Basileia/Munich: Helbing & Lichtenhahn, pp. 445-76.

BICKEL, Alexander M. (1978). The Supreme Court and the idea of Progress. New Haven/London: Yale University Press.

BILCHITZ, David (2003). "South Africa: Right to Health and Access to HIV/AIDS Drug Treatment" .In: International Journal of Constitutional Law, vol. 1. nº 3. Oxford: Oxford University Press/Nova Iorque: New York University School of Law, pp. 524-34.

BLANKENBURG, Erhard (1997). "Über die Unwirksamkeit von Gesetzen". In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 63. Wiesbaden: Steiner pp. 31-58.

BLUMENBERG, Hans (1998). Paradigmen zu einer Metaphorologie. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

BOBBIO, Norberto (1984). Il Futuro della democrazia: Una Difesa Delle regole del gioco. Turin: Einaudi [trad. bras.: O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986].

_____(1989). "Il terzo assente" .In: Norberto Bobbio. Il terzo assente: Saggi e discorsi sulla pace e la guerra. Turin: Sonda, pp. 215-7.

_____(1992). A era dos direitos. Trad. bras. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus.

BOCKENFORDE Ernst-Wolfgang (1983). "Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung". In: Festschrift für Rudolf Gmür. Bielefeld: Gieseking, pp. 7-19.

BODIN, Jean (1986). Les six Livres de la Republique. Livre premier. Paris: Fayard [1^o ed. Paris, 1957].

BODANDY, Armin von (2001). "Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation-I. Teil: Entkoppelung von Recht und Politik". In: Kristische Justiz 34. Baden-Baden: Nomos, pp. 264-81.

_____(2003). "Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?": Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler- VVDStRL, vol. 62. Berlin: De Gruyter, pp. 156-93

_____(2004a) "Constitution in International Law: Comment on a Proposal from Germany" In: Harvard International Law Journal 47. Cambridge/MA: Publications Center- Harvard Law School, pp. 223-42.

_____(2004b). "Europäische Verfassung und europäische Identität". In: Juristenzeitung- JZ 59. Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 53-61.

BOOYSEN, Hercules (2003). Principles of International Trade Law as a Monistic System. Pretoria: Interlegal.

BORDES, Jacqueline (1967). Politeia dans pensée grecque jusqu'a Aristote. Paris: "Les Belles Lettres".

BOTERO, Esther Sanchez (2005). "Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia". In: Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos 41. São José da Costa Rica: El Instituto, pp. 225-51.

_____(2006). Entre el Juez Salomón y el Dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño. Universidad de Amsterdam y Unief, Bogotá.

BRADLEY, Kieran St C. (1997). "The European Parliament and Comtology: on the Road to Nowhere". in: European Law Journal 3. Oxford: Blackwell, pp. 230-54.

BROOKS, Rosa Ehrenreich (2005). "Failed States, or the States as Failures" .In: The University of Chicago Law Review, vol. 72 nº4. Chicago: The University of Chicago, pp. 1159-96.

BRUNKHORST, Hauke (1999). "Heterarchie und Demokratie" .In: Hauk BrunKhorst e Peter Niesen (orgs.). Das Recht der Republik. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, pp. 373-85

_____(2002). "Slidaritat: Von der Burgerfrundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft.Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp.

_____(2007). "Zwischen transnationaler Klassenherrschaft und egalitarer Konstituionalisierung. Europas zweit Chance" In: Peter Niesen e Benjamin Herborth (orgs.). Anarchie der Kommunikativen Freiheit: Jurgen HAbermas und die Theorie der internationalen der Politik. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, p.321-49.

_____(2008). "Kritik am Dualismus des internationalen Rechts-Hans Kelsen und die Volkerrechtsrevolution des 20. Jahrhunderts". In: Regina Kreide e Andreas Niederberger (orgs). Transnationale Verrchtlichung. Nationale Demokratien im Kontext globaler Politik. Frankfurt sobre o Mno/Nova lorque: Campus, pp. 30-62.

BRUNKHORST, Hauke (2008b). " Taking Democracy Seriously: Europe after the Failure of its Constitution". In: Erick Oddvar Eriksen, Cristian Joerges e Florian Rodl (orgs.). Law Democracy and Solidarity i a Post-national Union: The Unsettled Political Order of Europe. Londres/Nova lorque: Routledge, pp. 213-29.

KOHLER, Wolfgang R.; LUTZ-BACHMANN, Matthias (orgs.) (1999). Recht auf Menschenrechte, Demokratie und intenationale Politik. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp.

BUCKEL, Sonja (2007). Subjektivierung und Kahasion: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts. Frankfurt sobre o Meno: Velbruck.

_____ (2008). "Judge without a legislator"- Transnationalisierung der Rechtsform. In: Hauke Brunkhorst e Rudger Voigt (orgs.). Rechts-Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen. Baden-Baden: Nomos, pp. 269-81.

_____FISCHERLESCANO, Andeas (orgs.) (2007). "Hegemonie gepanzert mit Zwang"- Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis. Baden-Baden: Nomos.

_____FISCHER-LESCANO, Andreas (2008)."Emanzipatorische Gegenhegemonie im Weltrecht". In: Regina Kreide e Andreas Niederberger (orgs.). Transnationale Verrechtlichung. Nationale Demokratien im Kontext globaler Politik. Frankfurt am Main/Nova Iorque: Campos, pp.114-33.

BURDEAU, Georges (1949). *Traité de Science Politique*. 2^o. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, vol. I.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2009). "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Entre clasicismo y creatividad". In: Armim von Bogdandy, Cesar Landa Arroyo e Marla morales Antoniazzi (orgs.).? *Integración suramericana a través del derecho? Un análisis multidisciplinario y multifocal*. Heidelberg: Instituto Max Planck de Derecho Comparado y Derecho Público Internacional/Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 287-338 (no prelo).

CALLIESS, Graf-Peter (2002). "Reflexiv Transnational Law: The Privatisation of Civil Law the Civilisation of Private Law". In: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23. Stuttgart: Lucius & Lucius, pp. 185-216.

CANANEA, Giacinto della (2003). *L'Unione europea: Un ordinamento composito*. Roma/Bari: Laterza.

CANOTILHO, J.J.Gomes (1991). *Direito constitucional*. 5^a ed. Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, J.J. Gomes (2006). "Brançosos" interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina.

CARBONELL, Miguel (2004). "Constitución minoras culturales y derechos indígenas y derechos en América Latina". In: F.S. Migallon (coord). Estudios jurídicos en homenaje a Antonio Martínez Báez. México: Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 61-78.

CAROTTI Bruno (2007). "L'Internet e la governance di Internet". In: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico 57. Milão: Giuffrè, pp. 681-721.

CARVALHO, Paulo de Barros (2008). Direito tributário: linguagem e método. São Paulo: Noeses.

CASSESE, Antonio (1985). "Modern Constitutions and International Law". In: Recueil des Cours : Collected Courses of the Hague Academy of International Law 192 (1985) III. Haia: Académie de Droit International de La Haye/Dordrecht: Nijhoff, 1986, pp. 331-475.

CASSESE, Sabino, (2007). "La funzione costituzionale dei giudici nazionali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale". In: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico 57. Milão: Giuffrè, pp. 609-26.

CHACON, Bamireh (1969). Da Escola do Recife ao Código Civil (Artur Orlando e sua geração). Rio de Janeiro: Simões.

CHSTERMAM, Simon (2005). "Imposed Constitutions, Imposed Constitutionalism, and Ownership" In: Connecticut Law Review, vol. 37, nº 4 Hartford: Connecticut Law Review Association, pp. 947-54.

CHOUHRY, Sujit (2005). "Old Imperial Dilemma and the New Nation Building: Constitutive Constitutional Politics in Multinational Polities" In: Connecticut Law Review, Vol. 37, nº 4 Hartford: Connecticut Law Review Association, pp. 933-45.

CHRISTENSEN, Ralph; **FISCHER-LESCANO** Andreas (2007). Das Ganze des Rechts. Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte. Berlin: Duncker & Humblot.

CINTRA, Geraldo de Ulhoa (1963). De status civitatis: Alguns aspectos da cidadania romana. São Paulo: São Paulo: Dissertação para concurso de livre docência de direito romano, Faculdade de Direito da USP.

COMPARATO, Fabio Konder (1999). A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva.

COPI, Irving M. (1961). Introduction to Logic. 2ª ed. New York: Macmillan [trad. bras.: Introdução à lógica. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978].

DALLARI, Dalmo (1991) Elementos de teoria geral do estado. 16ª.ed. São Paulo: Saraiva.

DAVIS, D.M. (2003). "Constitutional Borrowing: The Influence of Legal Culture and Local History in the Reconstitution of Comparative Influence: The South African Experience". In: International Journal of Constitutional Law, vol. 1, nº2. Oxford University Press/Nova Iorque: New York University School of Law, pp.181-95.

DE BURCA, Gráinne (2003) "Sovereignty and the Supremacy Doctrine of The European Court of Justice". In: Neil Walker (org.). Sovereignty in Transition. Oxford/Portland-oregon: Hart, pp. 449-60.

DELEUZE, Gilles; **GUATTARI**, Felix (1976). Rhizome: Introduction. Paris: Minuit.

DELMAS-MARTY, Mireille (2006). Les forces imaginantes du droit(II): Le pluralisme ordonné. Paris: Seuil.

_____(2007) Les forces imaginantes du droit(III): La refondation des pouvoirs. Paris: Seuil. **DERRIDA**, Jacques (1967). De la Grammatologie. Paris: Minuit.

_____(1994). Force de loi-Le " Fondement mystique de l'autorité".Paris: Galilée [trad. bras. Foça de lei: O " Fundamento mistio da autoridade" São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2007].

DIMOULIS, Dimitri; **MARTINS**, leonardo (2007). Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Revistas dos Tribunais.

DORSEN, Norman (moder.) (2005). "A Conversation between U.S. Supreme Court Justices- The Relevance of Foreign Legal Material in U.S.519-41.

DUCROT; Oswald; **SCHAEFFER**, Jean-Marie (1995). Nouveau dictionnaire encyclopedique de sciences du langage. Paris: Éditions du Seuil.

DUDENA, Regis Anderson (2008). Constitucionalismo europeu: autoreprodução e hierarquias entrelaçadas no sistema constitucional europeu. Lisboa: Dissertação de Mestrado Aprovada pela Universidade Clássica de Lisboa e pela Volkerrecht, pp. 1-33.

_____(1999). The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and The International Court of Justice. In: New York University Journal of International Law and Politics 31. Nova Iorque: New York University School of Law, pp. 791-807.

DWORIN, Ronald (1991). Taking Rights Seriously. 6ª ed. Londres: Duckworth [trad. bras.: Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002].

ENGELS, Friedrich (1988), " Die Lage Englands. II. Die englischeKonstitution". In: KMarx e F. Engels. Werke. 15ª. ed. Berli: Dietz Verlag, vol. I, pp. 569-92 [originalmente in: Vorwärts!, nº 75, de 19/9/1844].

EPSTEIN, Lee; **KNIGHT**, Jack (2003)."Constitutional Borrowing and Nonborrowing". In: International Journal of Constitutional Law, vol. 2, nº3. Oxford: Oxford University Press/Nova Iorque University School of Law, pp. 196-223.

ESRIDGE, Willim N. (2004). "United States: Lawrence v. Texas and the Imperative of Comparative Constitutionalism" In: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, nº2. Oxford: Oxford University Press/Nova Iorque: New York University School of Law, pp. 555-60.

SMEIN, A. (1913). "La maxime Princeps Igitur solutus est dans l'ancien droit public français". In: Paul Vinogradoff (org.). *Essays in Legal History*. Londres: Oxford University Press, pp. 201-14.

FASSBENDER, Bardo (1998). "The United Nations Charter as Constitution of the International Community". In: *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, nº 3. Nova Iorque: The Columbia Journal of Transnational Law Association, pp. 529-619.

FELDMAN, Noah (2005). "Imposed Constitutionalism" In: *Connecticut Law Review*, vol. 37, nº4. Hartford: Connecticut Law Review Association, pp. 857-89.

FERRAJOLI, Luigi (2002). *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. bras. C. Coccioli e M. Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes.

FERRY, Luc; **RENAUT**, Alain (1992). *Philosophie politique 3 - Desdroits de l'homme à l'idée républicaine*. 3ª ed. Paris: Presses Universitaires de France [1ª ed. 1985]

FICHER-LESCANO, Andreas (2003). "Die Emergenz der Globalverfassung". In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63/3. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer/Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2003, pp. 717-60.

TEBNER, Gunther (2006). *Regime- Kollisiur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt sobre Meno: Suhkamp.

_____; **TEUBNER**, Gunther (2007). "Fragmentierung des Weltrechts: Vernetzung globaler Regimes statt etatscher Rechtseinheit". In: Mathias Albert e Rudolf Stichweh

(orgs.). *Weltstaat und Weltstaatlichkeit: Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung*. Wiesbaden: VS Verlag, pp. 37-61.

FISS, Owen (2007). "The War Against terrorism and the Rule of Law". In: *Liber Amicorum Luzius Wildhaber : Human Rights- Strasbourg Views/Droit de l'homme - Regards de Strasbourg*. Kehl/Estrasburgo/Arlington, VA: Engel, pp. 1239-63.

FOERSTER, Heinz von (1981). " On Constructing Reality". In: H. von Foerster. *Observing Systems*. Seaside: Intersystems Publications, pp. 288-309.

FORST, Rainer (2007). *Das Recht auf Rechtfertigung: Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

FOUCHARD, Philippe; **GAILLARD**, Emmanuel; **GOLDMAN**, Berthold (1996). *Traité de L'arbitrage internationale*. Paris: Litec.

FRANK, Thomas M. (2007). "United States- Hamdan v. Rumsfeld: President Power in Wartime". In: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5 n° 2. Oxford: Oxford University Press/Nova Lorange: New York University School of Law, pp. 380-8.

FRASER, Nancy (1992). "Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy". In: Craig Calhoun (org.). *Habermas and Public Sphere*. Cambridge, MA: The MIT Press, pp. 109-2.

_____(2004). "Institutionalizing Democratic Justice: Redistribution, Recognition, and Participation". In Seyla Benhabib e Nancy Fraser (orgs.). *Pragmatism, Critique, Judgment: Essays For Richard J. Bernstein*. Cambridge, MA: The MIT Press, pp. 125-47.

HONNETH, Axel (2003). *Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

FRIEDMAN, Barry; **SAUDERS**, Cheryl (2003). "Symposium: Constitutional Borrowing - Editor's Introduction". In: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n° 2.

Oxford: Oxford University Press/Nova Iorque: New York University School of Law, pp. 177-80.

FRIEDMAN, Lawrence M. (2004). "Frontiers: National and Transnational Order". In: Karl- Heinz Ladeur (org.). *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot: Ashgate, pp. 25-50.

FROMM, Erich (1956). *The Sane Society*. Londn: Routledge & Kegan Paul [trad. bras.: *Psicanális da sociead contenporânea* . 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1961].

FROMEIN, Jochen A. (1983). "Die Verpflichtungen erga omnes im Volkerrecht und ihre Durchsetzung". In: Rudolf Bernhardt et al. (orgs.). *Volkerrecht als Rechtsordnung- Internationale Gerichtsbarkeit- Menschenrecht: Festschrift fur Hermann Mosler*. Berli/ Heidelberg/Nova Iorque: Springer Verlag, pp. 241-62.

FUSTTEL DE COULANGES, Numa Denis (1908). *La Cité antique - Étude sur le culte, les instituions de la Grèce t de Rome*. 20ª ed. Paris: Hacette [1ª ed. 1864] [trad. bras.: *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: Hemus, 1975].

GAUCHET, Marcel (1989). *La Révoluton des droits de l'hmme*. Pais: Gallimard.

GEISS, obin (2004). "Failed State - Legal Aspects and Erman yearbook of International Law 47 (2004).

GIDDENS, Athony (1991). *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity Press.

GIEGERICH, Thomas (2003). "Einführung: Transnationale Konstitutionalisierung als Antwort auf die Globalisierung". In: Thomas Giegerich. *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationale Konstitutionalisierungsprozess: Wechselseitige Rezeption, Konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung*. Berlim: Springer, p. 1-13

GINSBURG, Ruth Bader (1999). "Affirmative Action as an International Human Rights Dialogue". Artigo referente à palestra proferida na Cardozo Law School em 17/02/1999. Disponível no sítio da American Bar Association: <http://www.abanet.org/irr/hr/summer00humanrights/ginsburg.html> (último acesso em: 09/12/2010). [originalmente in: Brookings Law Review, vol.18, nº 1.,2000].

_____(2005a)."Brown v. Board of Education n International Context". Columbia Human Rights Law Review, pp. 493-511.

_____(2005b). "A Decent Respect to the Opinions of [human] kind': The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication". In: The Cambridge Law Journal, vol. 64, nº3. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 575-92.

GOBEL, Andreas (1995). "Paradigmatische Erchopfung. Wissenssoziologische Bemerkungen zum Fall Carl Schmitts". In: Andreas Gobel, Dirk van Laak e Ingeborg Villinger (orgs.). Metamorphosen des Politichen. Grundfragen politischer Enheitsbildung seit den 20er Jahren. Berlín: Akademie, pp. 267-86.

GOLDMAN, Berthold (1964), " Frontières du droit et'lex mercatoria' ". In: Archives de Philosophie du Droit 9. Paris: Sirey, pp. 177-92.

GOLOVE, David (2005). "United States: The Bush administration's 'War on Terrorinm' in the Supreme Court" In: International Journal of Constitutional Law, vol. 3, nº 1. Oxford: Oxford University Press/Nova Iorque: New York University School of Law, pp. 128-46.

GOMES, Luís Flavio (2008). " Direito internacional dos direitos humanos: vigência, validade e operacionalidade do principio pro homine. In: Zulmar Fachin (org.). 20 anos de Constituição Cidadã. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, pp. 179-90.

GORDON, Ruth (1997). "Saving Failed States: Sometimes a Neocolonialist Notion" American University Journal of Intenational Law & Policy, vol. 12. Washington, DC: American University, pp. 903-74.

GRAMSCI, Antonio (2007). *Cadernos do Cárcere*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, vol. 4.

GRAU, Eros Roberto (2002). *Ensaio e discurso sobre a interpretação do direito*. São Paulo: Malheiros.

GREVEN, Michael Th. (1999). *Die polistische Gesellschaft. Kontingenz und Dezision als Probleme des Regierens und der Demokratie*. Opladen: Leske & Budrich.

GRIMM, Dieter (1987). "Entstehung- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus". In: Dieter Simon (org.). *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages: Frankfurt am Main, 22. bis 26. September 1986*. Frankfurt sobre o Meno: Klostermann, pp. 45-76.

_____(1989). "Verfassung". In: Gorres- Gesellschaft (org.). *Staarslexikon: Recht*Wirtschaft*Gesellschaft*. 7^a. ed. Friburgo/Basileia/Viena: Heder, vol. V, columnas 633-43.

_____(1995a). "Konstitution, Grundgesetz(e) von der Aufklärung bis zur Gegenwart". In: H. Mohnhaupt e D. Grimm. *Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart; zwei Studien*. Berlim: Duncker & Humblot, pp. 100-41.

_____(1995b). *Braucht Europa eine Verfassung?* Munique: Carls Siemens Stiftung (serie Themen" vol. 62).

_____(2004a). "Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung". In: Michael Brenner, Peter M. Huber e Markus Mostl (orgs.). *Der Staat des Grundgesetzes - Kontinuitat und Wandel: Festschrift für Peter Badura zum siebzigem Geburtstag*. tuingen: Mohr Siebeck, pp. 145-67.

_____(2004b). "Integration durch Verfassung: Absichten und Ausichten im europäischen konstitutionalisierungsprozess". In: *Leviathan: Zeitschrift für Sozialwissenschaft* 32/4. Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, pp. 448-63.

GROSS, Oren (2006) "Control Systems' and the Migration of Anomalies" In: Sujit Choudhry (org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 403-

GROTE, Raine (1999). "The Status and Rights of Indigenous Peoples in Latin America" In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer/Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1999, pp. 497-528.

GROTIUS, Hugo (1950). *Drei Bücher von Recht des Krieges und des Friedens*. Edição alemã organizada por Walter Schatzel. Tübingen: Mohr [original: *De jure belli ac pacis- libri tres*, Paris, 1625].

GUNTHER, Klaus (1988). *Der Sinn für Anemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

_____ (2001) "Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem". In: Lutz Wingert e Klaus Gunther (orgs.). *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit: Festschrift für Jürgen Habermas*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 539-67.

_____RNDEIRA, Shalini (2001). *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozess der Globalisierung*. Série Suchprozesse für Innovative Fragestellungen in der Wissenschaft, nº 4. Bad Homburg: Wener Reimers Stiftung.

HABERMAS, Jürgen (1982a). *Theorie des kommunikativen Handelns*. 2ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 2 vols. [1ª ed. 1981].

_____ (1982b). *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*. 3ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp [1ª ed. 1976].

_____ (1992). *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp [trad. bras.: *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2 vols.].

_____(1996). "Kants Idee des ewigen Friedens - aus dem historischen Abstand von 200 Jahren" In: J. Habermas. Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 192-236.

_____(1998a) Die postnationale Konstellation: Politische Essays. Frankfurt am Main: Suhrkamp [trad. bras.: A constelação pós-nacional: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001].

_____(1998b). Jenseits des Nationalstaats? Bemerkungen zu Folgeproblemen der wirtschaftlichen Globalisierung. In: Ulrich Beck (org.). Politik der Globalisierung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 67-84.

_____(2000). Bestialität und Humanität: Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral. In: Reinhard (org.). Der Kosovo - Krieg und das Völkerrecht: Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 51-65.

_____(2001). "Braucht Europa eine Verfassung?". In: J. Habermas. Zeit der Übergänge: Kleine Politische Schriften IX. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 104-29.

_____(2004). "Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?". In: J. Habermas. Der gespaltene Westen: Kleine Politische Schriften X. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 113-93.

_____(2005). "Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?". In: J. Habermas. Zwischen Naturismus und Religion: Philosophische Aufsätze. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 324-65.

_____(2007). "Kommunikative Rationalität und grenzüberschreitende Politik". In: Peter Niesen und Benjamin Herborth (orgs.). Anarchie der kommunikativen Freiheit: Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen Politik. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 406-59.

_____(2008). "Europapolitik in der Sachkasse: Pladoyer für eine Politik der abgestuften Integratio". In: J. Habermas. Ach, Europa: Kleine Politische Schriften XI. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 96-127.

HANNIKAINEN, Lauri (1988). *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*. Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company.

HART, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press [1ª ed. 1961] [trad. port.: *O Conceito de direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001].

HARVARD LAW REVIEW [Comitê Eleitoral] (2005). "Comment: The Debate over Foreign Law in *Roper v. Simmons*". In: *Harvard Law Review*, vol. 119. Cambridge, MA: The Harvard Law Review Association, pp. 103-8.

HARTWIG, Mathias (2005). "Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights". In: *German Law Journal*, vol. VI, nº 5, pp. 869-94 (disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=600>).

HASBE, Yasuo (2003). "Constitutional Borrowing and Political Theory". In: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, nº 2. Oxford: Oxford University Press/Nova Iorque: New York University School of Law, pp. 224-43.

HEDIGAN, John (2007) "The Princess, the Press and Privacy: Observations on *Caroline von Hannover v. Germany*". In: *Liber Amicorum Luzius Wildhaber: Human Rights - Strasbourg Views/Droit e l'homme - Regards de Strasbourg*. Kehl/Estrasburgo/Arlington, VA: Engel, pp. 193-205.

HEGEL, G. W. F. (1967). *Jenenser Realphilosophie: Vorlesungsmanuskripte zur Philosophie der Natur und des Geistes von 1805-1806*. Org. Johannes Hoffmeister. Hamburg: Meiner [reimpressão inalterada da 1ª ed., de 1931, sob o título *Jenenser Realphilosophie II*].

_____(1988). *Phänomenologie des Geistes*. Hamburgo: Meiner [1ª ed. Bamberg/Wurzburg, 1807].

HEINTZ, Bettina; **MUNCH**, Richard; **TYRELL**, Hartmann (orgs.) (2005). *Weltgesellschaft: Theoretische Zugänge und empirische Prolegomena* (Sonderheft der Zeitschrift für Soziologie). Stuttgart: Lucius & Lucius.

HEINTZ, Peter (1982). *Die Weltgesellschaft im Spiegel von Ereignissen*. Diessenhofen: Ruediger.

HEL, David e **MCGREW**, Antony (2002). "Introduction". In: D. Held e A. McGrew (orgs.). *Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance*. Cambridge: Polity Press, pp. 1-21.

HELLER, Hermann (1934). *Staatslehre*. Org. Gerhart Niemeyer. Leiden: A. W. Sijthoff [trad. bras. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968].

HERDGEN, Matthias (1996). "Der Wegfall effektiver Staatsgewalt im Völkerrecht: 'The Failed State'". In: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 34. Heidelberg: C.F. Müller, pp. 49-85.

HESPANHA, António Manuel (2007). *O caleidoscópio do direito: O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina.

HESSE, Konrad (1980). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 12ª ed. Heidelberg/Karlsruhe: Müller.

HILLGENBERG, Hartmut (2005). "Incommunicado in Guantanamo". In: *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21 Januar 2005*. Colônia/Berlin/Munich: Heymanns, pp. 133-40.

HOBBS, Thomas (1992). *Leviathan*. Org. Richard Tuck. Cambridge: Cambridge University Press [1ª ed. Londres, 1651].

HOFFE, Otfried (2002a). Demokratie im Zeitalter der Globalisierung. Munique: Beck.

_____(2002). "Globalität statt Globalismus. Über eine subsidiäre und föderale Weltrepublik" In: Matthias Lutz-Bachmann e David Bohman (orgs.). Weltstaat oder Staatenwelt? Für und wider die Idee einer Weltrepublik. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 8-31.

_____(2008). "Vision Weltrepublik. Eine philosophische Antwort auf die Globalisierung" In: Ulfried Neumann e Stephan Kirste (orgs.). Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 380-96.

HOFFMEISTER, Frank (2006). "Germany: Status of European Convention on Human Rights in Domestic Law". In: International Journal of Constitutional Law, vol. 4, n° 4. Oxford University Press/Nova Iorque: New York University School of Law, pp. 722-31.

HOFMANN, Rainer (2004). "The German Federal Constitutional Court and Public International Law: New Decisions, New Approaches?" In: German Yearbook of International Law 47 Berlin: Duncker & Humblot, 2005, pp. 9-38.

HOFSTADTER, Douglas R. (1979). Godel, Escher, Bach: an Eternal Golden Braid. Hassock: The Harvester Press [trad. bras. Godel, Escher, Bach: Um entrelaçamento de gênios brilhantes. Brasília: UnB/São Paulo: Imprensa Oficial, 2001].

HOLLERBACH, Alexander (1969). "Ideologie und Verfassung". In: Werner Maihofer (org.). Ideologie und Recht. Frankfurt am Main: Klostermann, pp. 37-61.

HONNETH, Axel (1994). Kampf um Anerkennung: Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte. Frankfurt am Main: Suhrkamp. (Jus tun Facere) for the EU Multi-Level System (Eli Working Paper: Law; 2003,3). San Domenico (Florenz;a): European University Institute, 48 pp.

_____ (2007). "Integration through De-Legalisation: An Irritated Heckler". European Governance Paper (EUROGOV), N-07-3, 28 pp. (disponível em: [_HYPERLINK" http://www.connex-network.org/eurogov/](http://www.connex-network.org/eurogov/)__http://www.connex-network.org/eurogov/_pdflegp-newgov-N-07-03.pdt).

_____ NEYER, Jürgen (1997). "From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology". In: European Law Journal 3. Oxford: Blackwell, pp. 273-99. ___ ; PETERSMANN, Ernst-Ulrich (orgs.) (2006). Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation. Oxford/Portland: Hart.

KADELBACH, Stefan (1992). Zwingendes Völkerrecht. Berlin: Duncker & Humblot.

KLEINLEIN, Thomas (2008). "International Law-a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles". In: German Yearbook of International Law 50. Berlin: Duncker & Humblot, pp. 303-47.

KANT, Immanuel (1993). "Zum ewigen Frieden: Ein Philosophischen Entwurf". In: Immanuel Kant. Werkausgabe, vol. XI: Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik 1. Org. Wilhelm Weischedel. 10 ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag. Königsberg, 1795], pp. 191-251.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes (2007). Ações afirmativas iJ. brasileira: Necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

KEYSER, Philip De (2001). "Exploring WTO Dispute Settlement in US Anti-Dumping Act 1916: An Easy Case?" Jean Monnet Working Paper 11/01. Cambridge/MA: Harvard Law School/Jean Monnet Program, 33 pp.

KELSEN, Hans (1925). Allgemeine Staatslehre. Bad Hamburg v. d. Höhe/Berlin/Zürich: Gehlen [reimpr. inalterada: 1966].

_____ (1931). *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Berlin: Rotschild. ____ (1946). *General Theory of Law and State*. Trad. ingl. A. Wedberg. Cambridge, MA: Harvard University Press [trad. bras.: *Teoria geral do direito e do estado*. 4a ed. Sao Paulo: Martins Fontes, 2005].

KELSEN, Hans (1960). *Reine Rechtslehre*. 2a ed. Viena: Franz Deuticke [reimpr. inalterada: 1983] [trad. bras.: *Teoria pura do direito*. 7ª ed. Sao Paulo: Martins Fontes, 2006].

KEMPEN, Bernhard (2005). "Artikel 59". In: Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein e Christian Starck. *Kommentar zum Grundgesetz*. Munique: Franz Vahlen, vol. 2, pp. 1473-519.

KOSELLECK, Reinhart (1989). "Zur historisch-politischen Semantik asymmetrischer Gegenbegriffe". In: R. Koselleck. *Vergangene Zukunft: Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 211-59 [trad. bras.: "A semântica histórico-política dos conceitos antitéticos assimétricos". In: R. Koselleck. *Futuro passado: contribuições à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, pp. 191-231].

KOSKENNIEMI, Martti (1998). "Die Polizei im Tempel- Ordnung, Recht und die Vereinten Nationen: Eine dialektische Betrachtung". In: Hauke Brunkhorst (org.). *Einmischung! Wünscht? Menschenrechte und bewaffnete Intervention*. Frankfurt am Main: Fischer, pp. 63-87.

KOSKENNIEMI, Martti; **PANI**, Leino (2002). "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties". In: *Leiden Journal of International Law* 15. Cambridge: Cambridge University Press, pp.553-79.

KRAJEWSKI, Markus (2001). *Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation (WTO)*. Berlin: Duncker & Humblot.

KUHN, Thomas S. (1996). *The Structure of Scientific Revolutions*. 3ª ed. Chicago/Londres: The University of Chicago Press.

LACLAU, Ernesto (1994). "Why do Empty Signifiers Matter to Poli_tics?". In: Jeffrey Weeks (arg.). The Lesser Evil and the Greater Good. The Theory and Politics of Social Diversity. Londres: Rivers Oram Press, pp. 167-78.

LADEUR, Karl-Heinz (1986). "'Prozedurale Rationalitat' - Steige_rung der Legitimationsfahigkeit oder der Leistungsfahigkeit des Rechtssystems?". In: Zeitschrift fUr Rechtssoziologie 7. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 265-74.

_____ (1992). Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz - Selbstorganisa_tion - Prozeduralisierung. Berlin: Duncker & Humblot.

_____ (1997). "Towards a Legal Theory of Supranationality - The Via_bility of The Network Concept". In: European Law Journal, vol. 3, n? 1. Oxford: Blackwell, man;o de 1997, pp. 33-54.

_____ (2000). Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorgani_sation: Die Erzeugung von Sozialkapital durch Institutionen, Tiibin_gen: Mohr.

_____ (2004a). "Globalization and Conversion of Democracy to Poly_centric Networks - Can Democracy Survive the End of Nation State?". In: Karl- Heinz Ladeur (arg.). Public Governance in the Age of Globalization. Aldershot: Ashgate, 2004, pp. 89-118.

_____ (2004b). Kritik der Abwiigung in der Grundrechtsdogmatik. Tiibin_gen: Mohr.

_____ (2007a). "Schutz von Prominenz als Eigentum - Zur Kritik der Caroline-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts". In: Karl-Heinz Ladeur. Das Medienrecht und die Okonomie der Auf_merksamkeit. Colonia: Halem, pp. 113-46.

_____ (2007b). Der Staat gegen die Gesellschaft: Zur Verteidigung der Ra_tionalitiit der "Privatrechtsgesellschaft". Tiibingen: Mohr.

_____AUGSBERG, Ino (2005). "Auslegungsparadoxien: Zur Theorie und Praxis juristischer Interpretation". In: *Rechtstheorie* 36. Berlin: Duncker & Humblot, pp. 143-84.

LADEUR, Karl-Heinz; AUGSBERG, Ino (2008). *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat: Humangenetik - Neurowissenschaft - Medien*. Tübingen: Siebeck.

LAGARDE, P. (1982). "Approche critique de la lex mercatoria". In: *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Librairie Techniques, pp. 125-50.

LANGER, Stefan (1995). *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung - Strukturprinzipien, Typik und Perspektiven anhand von Europäischer Union und Welthandelsorganisation*. München: Beck.

LAS SALLE, Ferdinand (1987). "Über Verfassungswesen" (1962). In: *Reden und Schriften*. Hrsg. Hans Jürgen Friederici. Köln: Roderberg, pp. 120-47 [trad. bras.: *Que é uma Constitui(ão)?* Porto Alegre: Editorial Villa Martha, 1980].

LATOUR, Bruno (1997). *Nous n'avons jamais été modernes: Essai d'anthropologie symétrique*. Paris: La Découverte.

LATTY, Franck (2007). *La lex sportiva: recherche sur le droit transnational*. Leiden: Nijhoff.

LAUTERPACHT, Hersch (1950). *International Law and Human Rights*. London: Stevens and Sons.

LAW, David S. (2008). "Globalization and the Future of Constitutional Rights". In: *Northwestern University Law Review*, vol. 102, n° 3. Chicago: Northwestern University School of Law, pp. 1277-349.

LEFORT, Claude (1981). "Droit de l'homme et politique". In: Claude Lefort. *L'Invention Democratique: Les limites de la domination totalitaire*. Paris: Fayard, pp. 45-83 [trad. bras.: "Direitos do homem e politica". In: *A inven(ao democnítica: os limites do totalitarismo*. 2~ ed. Sao Paulo: Brasiliense, 1987, pp. 37-69].

LEVINSON, Sanford (2005). "'Imposed Constitutionalism': Some Reflections". In: *Connecticut Law Review*, vol. 37, nO 4. Hartford: Connecticut Law Review Association, pp. 921-32.

LEVI-STRAUSS, Claude (1973). "Introduction a l'oeuvre de Marcel Mauss". In: Marcel Mauss. *Sociologie et Anthropologie*. 5a ed. Paris: Presses Universitaires de France, vol. I, pp. IX-LII [1~ ed. 1950] [trad. bras.: "Introdw;ao a obra de Marcel Mauss". In: Marcel Mauss. *Sociologia e antropologia*. Sao Paulo: EPU/Edusp, 1974, vot 1, pp. 1-36].

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (2004). *Globaliza(ao, regionaliza_(ao e soberania*. Sao Paulo: Juarez de Oliveira.

L'HEUREUX-DUBE, Claire (1998). "The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court". In: *Tulsa Law Journal*, vol. 34, n° 1. Tulsa: The University of Tulsa College of Law, pp. 15-40.

LOCKE, John (1980). *Second Treatise of Government*. Org. C. B. Mac_pherson. Indianapolis/Cambridge: Haqxtt Publishing Company Wed. 1690] [trad. bras.: *Segundo tratado sobre o governo civil*. Sao Paulo: Abril Cultural, 1978, col. "Os Pensadores"].

LOEWENSTEIN, Karl (1975). *Verfassungslehre*. Trad. al. Rudiger Boer_ner. 3~ ed. Tubingen: Mohr.

LOQUIN, Eric (2006). "Les regles matl~rielles internationales". In: *Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of Inter_national Law 322 (2006)*. Haia: Academie de Droit International de La Haye/Leiden: Nijhoff, 2007, pp. 9-241.

_____ (2007). "l'utilisation par les arbitres du TAS des principes gene_iaux du droit et le developpement d'une lex sportiva". In: A. Rigoz_zi e M. Bernasconi (orgs.). The Proceedings before the Court Arbitrat ion for Sport. Bema: Weblaw/Zurique: Schulthess, pp. 85-108.

_____ (2008). "Tribunal Arbitral du Sport: 2 Chronique des sentences arbitrales". In: Journal du Droit International Clunet, n? 1/2008. Pa_riis: LexisNexis/JurisClasseur, pp. 233-309.

LUCAS PIRES, Francisco (1997). Introdução ao Direito Constitucional Europeu (seu sentido, problemas e limites). Coimbra: Almedina.

LUHMANN, Niklas (1965). Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie. Bedim: Duncker & Humblot.

_____ (1973a). "Politische Verfassungen im Kontext des Gesells_chaftssystems". In: Der Staat 12. Berlim: Duncker & Humblot, pp. 1-22 e 165-82.

_____ (1973b). Zweckbegriff und Systemrationalitiit: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen. Frankfurt sobre 0 Meno: Suhr_kamp.

_____ (1974). Rechtssystem und Rechtsdogmatik. Stuttgart: Kohlharnmer. (1975). "Die Weltgesellschaft". In: N. Luhmann. Soziologische Aufkliinmg 2: Aufsiiitze zur Theone der Gesellschaft. Opladen: West_deutscherVedag, pp. 51-71.

_____ (1980). "Gesellschaftliche Struktur und semantische Tradition". In: Niklas Luhmann. Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft. Frankfurt sobre 0 Meno: Suhrkamp, vol. 1, pp. 9-71.

_____ (1981a). Ausdifferenzienmg des Rechts: Beitrige zur Rechtssozio_logie und Rechtstheorie. Frankfurt sobre 0 Meno: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1981b). Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat. Munique: Olzog.

_____(1981c). "Machtkreislauf und Recht in Demokratien". In: Zeitschrift für Rechtssoziologie 2. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 158-67.

_____(1983a). Legitimation durch Verfahren. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag. Neuauflage Berlin: Luchterhand, 1969] [trad. bras.: Legitimação pelo procedimento. Brasília: UnB, 1980].

_____(1983b). "Die Einheit des Rechtssystems". In: Rechtstheorie 14. Berlin: Duncker & Humblot, pp. 129-54.

_____(1984a). "Reflexive Mechanismen". In: N. Luhmann. Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme. 5. ed. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 92-112 [originalmente em: Soziale Welt 17 (1966), pp. 1-23].

_____(1984b). "The Self-Reproduction of the Law and its Limits". In: F. A. de Miranda Rosa (arg.). Direito e mudança social. Rio de Janeiro: OAB/RJ, pp. 107-28.

_____(1986a). "Die Codierung des Rechtssystems". In: Rechtstheorie 17. Berlin: Duncker & Humblot, pp. 171-203.

_____(1986b). "Interaktion, Organisation, Gesellschaft: Anwendungen der Systemtheorie". In: N. Luhmann. Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft. 3. ed. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 9-20.

_____(1986c). Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen? Opladen: Westdeutscher Verlag.

_____(1987a). Rechtssoziologie. 3. ed. Opladen: Westdeutscher Verlag [1. ed. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt, 1972, 2 vols.].

_____ (1987b). "Die Zukunft der Demokratie". In: N. Luhmann. Sozio_logische Aufkliirung 4: Beitrriige zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 126-32.

_____ (1987c). Soziale Systeme: Grundriff einer allgemeinen Theorie. Frankfurt sobre 0 Meno: Suhrkamp [trad. esp.: Sistemas sociales: lineamientos para una teor{a general. 2. ed. Barcelona: Anthropos/Mexico: Universidad Iberoamericana/Santafe de Bogota: Ceja, 1998].

_____ (1988a). Die Wirtschaft der Gesellschaft. Frankfurt sobre 0 Meno: Suhrkamp.

_____ (1988b). Macht. 2 ed. Stuttgart: Enke [!? ed. 1975] [trad. bras.: Poder. Brasilia: UnB, 1985].

_____ (1988c). "Positivitat als Selbstbestimmtheit des Rechts". In: Rechtstheorie 19. Berlim: Duncker & Humblot, pp. 11-27.

LUHMANN, Niklas (1989). Gesellschaftsstruktur und Semantik: Stu_dien zur Wissenssoziologie der modemen Gesellschaft. Frankfurt so_bre 0 Meno: Suhrkamp, vol. 3.

_____ (1990a). "Verfassung als evolutionare Errungenschaft". In: Rechts_historisches Journal 9. Frankfurt sobre 0 Meno: Lowenklaue, pp. 176-220.

(1990b). Liebe als Passion: Zur Codierung von Intimitiit. 5 ed. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp [trad. port.: 0 amor como paixiio: para a codificar;iio da intimidade. Lisboa: Difel/Rio de Janeiro: trad. Brasil, 1991].

_____ (1990c). Die Wissenschaft der Gesellschaft. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp [trad. esp.: La Ciencia de la Sociedad, Mexico: Universi_dad Iberoamericana/ITESO/Anthropos, 1996].

_____ (1990d). Paradigma lost: Uber die ethische Reflexion der Moral_Rede anliiffllich der Verleihung des Hegel-Preises 1989, incluida a "Lau_datio" de Robert Spaemann. Frankfurt sobre 0 Meno: Suhrkamp. ____ (1990e). "Interesse und

Interessenjurisprudenz im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Rechtsprechung". In: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 12. Viena: Manz, pp. 1-13.

_____ (1990f). "Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem". In: Rechtstheorie 21. Berlin: Duncker & Humblot, pp. 459-73.

_____ (1990g). "Rich sehe was, was Du nicht siehst". In: N. Luhmann, Soziologische Aufklärung 5: Konstruktivistische Perspektiven. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 228-34.

_____ (1991). "Der Gleichheitssatz als Form und als Norm". In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 77. Stuttgart: Steiner, pp. 435-45. ____ (1993a). Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp [trad. esp.: El Derecho de la Sociedad. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002].

_____ (1993b). "The Code of the Moral". In: Cardozo Law Review, vol. 14, n.º 3-4. New York: Cardozo Law School, jan. 1993, pp. 995-1009.

_____ (1993c). "Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung". In: Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit: Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot. (1994). "Europa als Problem der Weltgesellschaft". In: Berliner Debatte INITIAL: Zeitschrift für sozialwissenschaftlichen Diskurs 2/1994. Berlin: GSFP, pp. 3-7.

_____ (1995a). Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp, vol. 4.

LUHMANN, Niklas (1995b). "Inklusion und Exklusion". In: N. Luhmann. Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 237-64 [trad. esp.: "Inclusion y Exclusion". In: Niklas Luhmann. Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia. Madrid: Trotta, 1998, pp. 167-95].

_____ (1995c). "Die Form 'Person'". In: N. Luhmann. Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 142-54.

_____ (1996). Die Kunst der Gesellschaft. 2^a ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp [trad. esp.: El arte de la sociedad, Mexico: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005].

_____ (1997). Die Gesellschaft der Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2 tomos. [trad. esp.: La sociedad de la sociedad. Mexico: Herder/Universidad Iberoamericana, 2007].

_____ (1998). "Der Staat des politischen Systems: Geschichte und Stellung in der Weltgesellschaft". In: Ulrich Beck (arg.). Perspektiven der Weltgesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 345-80.

_____ (1999). "Ethik in internationalen Beziehungen". In: Soziale Welt 50. Baden-Baden: Nomos, pp. 247-54.

_____ (2000a). Die Politik der Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

_____ (2000b). Die Religion der Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

_____ (2000c). Organisation und Entscheidung. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

_____ (2002a). Das Erziehungssystem der Gesellschaft, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LYOTARD, Jean-François (1979). La condition postmoderne. Paris: Minuit. (1983). Le differend. Paris: Minuit.

MACDOWELL, Douglas M. (1989). "The Oikos in Athenian Law". In: The Classical Quarterly, New Series, vol. 39, n^o 1. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 10-21.

MACPHERSON, C. B. (1990). "Berlin's Divisions of Liberty". In: C. B. Macpherson. *Democratic Theory: Essays in Retrieval*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press/Clarendon Press, pp. 95-119.

MADDOX, Graham (1989). "Constitution". In: T. Ball, J. Fallis e R. L. Hanson (orgs.). *Political Innovation and Conceptual Change*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 50-67.

MADISON, James; **HAMILTON**, Alexander; **JAY**, John (1987). *The Federalist Papers (1788)*. Londres/Nova Iorque: Penguin.

MADURO, Miguel Pinares (2003). "Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action". In: Neil Walker (org.). *Sovereignty in Transition*. Oxford/Portland-Oregon: Hart, pp. 501-37. ~

_____(2006). *A Constituição plural: constitucionalismo e União Europeia*. Cascais: Principia.

MALISKA, Marcos Augusto (2006). *Estado e século XXI: A integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar.

MARTINS, Leonardo (2008). "Da distinção entre regras e princípios e seus problemas epistemológicos, metodológicos e teórico-jurídicos". In: George Salomão Leite (org.). *Dos princípios constitucionais - Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, pp. 327-50

MARX, Karl (1988a). "Zur Judenfrage". In: Karl Marx e Friedrich Engels. *Werke*. 15^a ed. Berlim: Dietz Verlag, vol. I, pp. 347-77 [originalmente em: *Deutsch-Französische Jahrbücher*. Paris, 1844].

MATURANA, Humberto R. (1982). *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit. Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie*. Trad. a1. Wolfgang K. Kock. Braunschweig/Wiesbaden: Vieweg.

MAUS, Ingeborg (1989). "Justiz als gesellschaftliches Ober-Ich. Zur Funktion von Rechtsprechung in der 'vaterlosen Gesellschaft'". In: Werner Faulstich e Gunter E. Grimm (orgs.). Sturz der Gotter Vaterbilder im 20. Jahrhundert. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, pp. 121-49 [trad. bras.: "Judiciario como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade". In: Novos Estudos CEBRAP, n° 58. Siio Paulo: CEBRAP, novembro 2000, pp. 183-202].

MAYER, Heinz (2007). Das osterreichische Bundes- Verfassungsrecht. 4~ ed. Viena: Manz.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (2001). Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem juridica brasileira. Rio de Janeiro: America Jurfdica.

____ (2005). "O novo § 3. do art. 5. da Constituição e sua Eficácia". In: Revista da AJURIS, ano XXXII, n 98. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, junho 2005, pp. 303-31.

____ (2007). Curso de direito internacional publico. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais.

MCILWAIN, Charles Howard (1940). Constitutionalism Ancient and Modern. Ithaca, Nova Iorque: Cornell University Press.

MEAD, George Herbert (1962). Mind, Self, & Society: from the Stand_point of a Social Behaviorist. Org. e intl. Charles W. Morris. Chica_go/Londres: The University of Chicago Press Wed. 1934].

MEIER, Heinrich (1994). Die Lehre Carl Schmitts. Vier Kapitel zur Un_terscheidung Politischer Theologie und Politischer Philosophie. Stutt_gartlW eirnar: Metzler.

MELLO, Celso D. de Albuquerque (2000). Direito constitucional inter_nacional- Introdu9ilo. 2" ed. Rio de Janeiro: Renoval.

MENDES, Gilmar (2009). "A justiça constitucional nos contextos su_pranacionais". In: Marcelo Neves (arg.). Em torno da transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. Sao Paulo: Quartier Latin (no prelo).

MENDES; Rodrigo (2006). "Sentido da teoria geral do direito, globa_liza~ao e harmoniza~ao do metodo juridico". In: Paulo Borba Ca_sella e Vera Lucia Viegas Liquidato (args.). Direito da integra(iio. Sao Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 87-104.

_____ (2008). Entre O global e o local: uma perspectiva de analise de conflitos ortogonais no direito transnacional. O exemplo da lex mercatoria. Sao Paulo. Tese de doutorado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Sao Paulo.

MERTENS, Hans-Joachim (1997). "Lex Mercatoria: A Self-Applying System Beyond National Law". In: Gunther Teubner (arg.). Global Law without a State. Aldershot: Dartmouth, pp. 31-43.

MGLLERS, Christoph (2003). "Verfassunggebende Gewalt - Verfas_sung - Konstitutionalisierung: Begriff der Verfassung in Europa". In: Armin Bogdandy (arg.). Europiisches Verfassungsrecht: Theo_retische und dogmatische Grundziige. Berlin: Springer, pp. 1-57.

MOMMSEN, Theodor (1982). Abriss des ramischen Staatsrechts. Darms_tadt: Wissenschaftliche Buchhandlung [conforme a 2" ed. de 1907].

MONTARA, Andre Franco (1973). "Filosofia do direito e colonialismo cultural: transplante de institutos jurídicos inadequados a realidade brasileira". In: Revista de Infomação Legislativa, ana X, n 37. Brasilia: Senado Federal, pp. 3-20.

MOSLER, Hermann (1976). "Volkerrecht als Rechtsordnung". In: ZeitschriJt fii.r ausliindisches offentliches Recht und Volkerrecht. Hei_delberg: Max-Planck - Institut fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht, pp. 6-49.

MULLER, Friedrich (1990). *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*. Org. Ralph Christensen. Berlin: Duncker & Humblot. (1994). *Strukturierende Rechtslehre*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot.

MUNCH, Fritz (1983). "Bemerkungen zum ius cogens". In: *Völkerrecht als Rechtsordnung - Internationale Gerichtsbarkeit - Menschenrechte: Festschrift für Hermann Mosler*. Org. Rudolf Bernhardt et al. Berlin/Heidelberg/Nova Iorque: Springer-Verlag, pp. 617-28.

MUSTILL, Lord Justice [Michael J.] (1987). "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years". In: Maarten Bos e Ian Brownlie (orgs.). *Liber Amicorum for The Rt. Hon. Lord Wilberforce*. Oxford: Oxford University Press, pp. 149-83.

NASSEHI, Armin (2002). "Politik des Staates oder Politik der Gesellschaft? Kollektivität als Problemformel des Politischen". In: Kai-Uwe Hellmann e Rainer Schmalz-Bruns (orgs.). *Theorie der Politik: Niklas Luhmanns politische Soziologie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 38-59

NETTESHEIM, Martin (2001). "Von der Verhandlungsdiplomatie zur internationalen Verfassungsordnung: Zur Entwicklung der Ordnungsformen des internationalen Wirtschaftsrechts". In: Claus Dieter Classen et al. (orgs.). "In einem vereintem Europa dem Frieden der Welt zu dienen..": *Liber amicorum Thomas Oppermann*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001, pp. 381-409.

NEVES; Marcelo (1992). *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*. Berlin: Duncker & Humblot.

NEVES, Marcelo (1994). "Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente". In: *DADOS - Revista de Ciências Sociais*, vol. 37, nº 2. Rio de Janeiro: IUPERJ, pp. 253-75.

____ (1995). "Da autopoiese a alopoiese do direito". In: *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. XLII. Sao Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, pp. 117-41.

____ (2001). "Justiça e diferença numa sociedade global complexa". In: Jesse Souza (org.). Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora UnB, 2001, pp. 329-63.

____ (2005). "A força simbólica dos direitos humanos. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 4. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, outubro/dezembro 2005, 35 pp. (disponível em: [HTTP://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)).

____ (2006a). Entre Temis e Leviatã: uma relação difícil - O Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes.

____ (2006b). "Die Staaten im Zentrum und die Staaten an der Peripherie: Einige Probleme mit Niklas Luhmanns Auffassung von den Staaten der Weltgesellschaft". In: Soziale Systeme: Zeitschrift für soziologische Theorie 12. Stuttgart: Lucius & Lucius, pp. 247-73.

____ (2007a). A constitucionalização simbólica. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes [1ª ed. São Paulo: Acadêmica, 1994].

____ (2007b). "Grenzen der Autonomie des Rechts in einer asymmetrischen Weltgesellschaft: Von Luhmann zu Kelsen". In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 93/3. Stuttgart: Franz Steiner, pp.363-95.

____ (2009a). "La concepción de Estado de derecho y su vigencia práctica en Suramérica, con especial referencia a la fuerza normativa de un derecho supranacional". In: Armin von Bogdandy, César Landa Arroyo e Mariela Morales Antoniazzi (orgs.). Integración suramericana a través del derecho? Un análisis multidisciplinario y multifocal. Heidelberg: Instituto Max Planck de Derecho Comparado y Derecho Público Internacional/Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 51-78 (no prelo).

NEVES, Marcelo (2009c). "A Constituição e a esfera pública: entre diferença sistêmica, inclusão e reconhecimento". In: Maria Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici e Claudineu de Melo (orgs.). Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, pp. 653-88.

_____(2009d). "Transversale Rechtsnetzungen und Asymmetrien der Rechtsformen in der Weltgesellschaft". In: Graf-Peter Callies et al. (orgs.). Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag. Berlin: De Gruyter, pp. 841-56.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo. Martins Fontes. 2009;

OETER, Stefan (1999). "Europäische Integration als Konstitutionalisierungsprozess". In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht - ZaöRV; vol. 59, n.º 3. Stuttgart: Kohlhammer/ Heidelberg: Max-Planck - Institut für Völkerrecht, pp. 901-17.

____ (2007). "Ius cogens und der Schutz der Menschenrechte". In: Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber amicorum Luzius Wildhaber. Zürich: Dike/Baden-Baden: Nomos, pp. 499-521.

OLIVEIRA, Miliúo Luis de (coord.). O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos - Interface com o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

OHLINGER, Theo (2008). "Hans Kelsen - Vater der österreichischen Bundesverfassung". In: Festschrift für Wilhelm Brauner zum 65. Geburtstag: Rechtsgeschichte mit internationaler Perspektive. Viena: Manz, pp. 407-24.

PAINE, Thomas (1992). Rights of Man [1791-1792]. Ed. Gregory Clae Indianapolis/Cambridge: Hackett.

PANAGIOTOPOULOS, Dimitrios (2004). "Theoretical Foundation of Sports Law". In: D. Panagiotopoulos (arg.). Sports Law (Lex Spor_tiva) in the World: Regulations and Implementation. Atenas: Sakkoulas, pp. 17-80.

PARSONS, Talcott (1968). "Interaction: Social Interaction". In: Inter_national Encyclopedia of the Social Sciences, vol. 7. Nova Yoik The Macmillan Company & The Free PressLondres: Collier Macmil_an Publishers (reimpr. 1972], pp. 429-41.

PASSERIN D'EN1REVES, Alessandro (1962). La Dottrina dello Stato: Elementi di Analisi e di Interpretazione. Torino: Giappichelli.

PEDLER, Robin H.; **SCHAEFER**, Guenther F. (orgs.) (1996). Shaping European Law and Policy: The Role of Committees and Comitology in the Political Process. Maastricht: European Institute of Public Ad_ministration.

PERNICE, Ingolf (1995). "Deutschland in der Europaischen Union". In: Josef Insensee e Paul Kirschhof (orgs.). Handbuch des Staats_rechts der Bundesrepublik Deutschland, vol. VIII. Heidelberg: MUI_ler, pp. 225-80.

PEROM, Alejandro Daniel (1998). "Los Tribunales comunitarios en los procesos de integracion: El caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina". In: Revista Juridica del PerU, ano XLIII, n 17. Lima: Comite Pemanu de la Sociedad de Legislacion Compara_da, pp. 282-314.

PETERS, Anne (2006). "Compensatory Constitutionalism: The Func_tion and Potential of Fundamental International Norms and Structures". In: Leiden Journal of International Law 19. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 579-610.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich (1991). Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law: International and Domestic Foreign Trade Law and Foreign Trade Policy in the United States, the European Community and Switzerland. Friburgo (Suic;a): University Press Fribourg.

___ (1995). "The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization." In: *European Journal of International Law* 6. Oxford: Oxford University Press, pp. 161-221 (disponível em: <http://ejil.oxfordjournals.org/cgi/reprint/6/1/161>).

PINSOLLE, Philippe (2008). "The Status of Vacated Awards in France: the Cour de Cassation Decision in Putrabali". In: *Arbitration International*, vol. 24, n.º 2. Haia: Kluwer Law International, pp. 277-95.

PIOVESAN, Flavia (2008a). *Direitos humanos eo direito constitucional Internacional*. 9. ed. Sao Paulo: Saraiva.

PONTES DE MIRANDA, [Francisco Cavalcanti] (1960). "Comentários à Constituição de 1946". Rio de Janeiro: Borsoi, t. 1.

PREUSS, Ulrich (1990). *Revolution, Fortschritt und Verfassung: Zu einem neuen Verfassungsverständnis*. Berlin: Wagenbach.

RAGAZZI, Maurizio (1997). *The Concept of International Obligations Erga Omnes*. Oxford: Clarendon Press.

RAMIREZ, Andres D. (2005). "El caso de la comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay". In: *Revista IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 41. Sao Jose da Costa Rica: El Instituto, pp. 349-64.

RAMIREZ, Sergio Garda (2008). "Cuestiones de la jurisdicción interamericana de derechos humanos". In: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, pp. 187-221.

RANDERIA, Shalini (2003). "Glocalization of Law: Environmental Justice, World Bank, NGOs and the Cunning State in India". In: *Current Sociology* 51 (3/4). Londres: Sage, pp. 305-328 (disponível em: <http://csi.sagepub.com/> <http://csi.sagepub.com/cgi/reprint/51/34/305>).

RAWLS, John (1990). A Theory of Justice (1972). Oxford: Oxford University Press [trad. bras.: Uma teoria da justiça, 2ª ed., Sao Paulo: Martins Fontes, 2002].

_____(1999). The Law of Peoples, with "The Idea of Public Reason Revisited". Cambridge, MA/Londres: Harvard University Press.

RAZ, Joseph (1979). The Authority of Law: Essays on Law and Morality. Oxford: Clarendon Press.

RIVERO, Ramiro Molina (2005). "La interculturalización de la justicia: Reflexiones en torno a Estado y derechos en Bolivia". In: Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos 41. Sao Jose da Costa Rica: El Instituto, pp. 195-208.

ROBERTSON, Roland (1995). "Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity". In: M. Featherstone, S. Lash e R. Robertson (orgs.). Global Modernities. Londres: Sage, 1995, pp. 25-44.

ROSENFELD, Michel (2003). A identidade do sujeito constitucional. Trad. bras. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos.

ROUSSEAU, Jean-Jacques (1922). Du contrat social ou principes du droit politique [1762]. Org. e introd. Georges Beaulavon. 3ª ed. Paris: Rieder.

RUDOLF, Beate (2003). "European Court of Human Rights: Legal Status of Postoperative Transsexual". In: International Journal of Constitutional Law, vol. 1, nº 4. Oxford: Oxford University Press/ Nova Iorque: New York University School of Law, pp. 716-21.

RUSSELL, Bertrand (1994). "Mathematical Logic as based on the Theory of Types" [1908]. In: Logic and Knowledge - Essays 1901-1950. Londres/Nova York: Routledge, pp. 59-102 [1ª ed. 1956].

SABADELL, Ana Lucia; **DIMOULIS**, Dimitri (2009). "O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais". In: Marcelo Neves (org.). Em torno da transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin (no prelo).

SALDANHA, Nelson (1978). "O chamado 'bacharelismo' brasileiro: ensaio de revisão". In: Convívium, ano XVII, vol. 21. São Paulo: Convívio, pp. 477-84.

SARLET, Ingo (2001). A eficácia dos direitos fundamentais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados.

SARMENTO, Daniel (2008). "Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais". In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (coords.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 619-59.

SAUER, Heiko (2008). Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystem: Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten in vernetzten Rechtsordnungen. Berlin/Heidelberg: Springer.

SCHARPF, Fritz W. (1994). Community and Autonomy: Multilevel Policy-Making in the European Union (EUI Working Paper RSC; n. 94, 1). San Domenico (Florence): European University Institute, 32 pp.

SCHAUER, Frederick (2005). "On the Migration of Constitutional Ideas". In: Connecticut Law Review, vol. 37, n. 4. Hartford: Connecticut Law Review Association, pp. 907-19.

SCHEPPELE, Kim Lane (2003). "Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence through Negative Models". In: International Journal of Constitutional Law, vol. 1, n. 2. Oxford: Oxford University Press; Nova York: New York University School of Law, pp. 296-324.

SCHLUCHTER, Wolfgang (1979). Die Entwicklung des Okzidentalen Rationalismus. Tübingen: Mohr.

SCHMALE, Wolfgang (1988). Entchristianisierung, Revolution und Verfassung: Zur Mentalitätsgeschichte der Verfassung in Frankreich, 1715-1794. Berlin: Duncker & Humblot.

SCHMITT, Carl (1931). Der Hüter der Verfassung. Tübingen: Mohr.

_____ (1993). Verfassungslehre. 8. ed. Berlin: Duncker & Humblot. [Wed. 1928].

_____ (1996). Der Begriff des Politischen: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien. 6a ed. 4^{te} reimpr. da 2^a ed. 1963. Berlin: Duncker & Humblot.

SCHUMPETER, Joseph A. (1942). Capitalism, Socialism, and Democracy. Nova Iorque/Londres: Harper & Brothers.

SCHWARZ, Roberto (2008). "As ideias fora do lugar". In: R. Schwarz. Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. 5 ed. 4^a Reimpr. São Paulo: Duas Graças/Editora 34, pp. 9-31 [Wed.: 1977].

SEGATO, Rita Laura (2003). Uma agenda de ações afirmativas para as mulheres indígenas do Brasil. Serie Antropologia 326 (nova versão). Brasília: Departamento de Antropologia/UnB.

_____ (2006). "Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais". In: Mana: Estudos de antropologia social 12(1). Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social PPGAS - Museu Nacional, da Universidade Federal do Rio de Janeiro/UFRJ, pp. 207-36.

SERRES, Michel (1997). Le Parasite [1980]. Paris: Hachette Littératures.

SIEDER Rachel (2007). "The Judiciary and Indigenous Rights in Guatemala". In: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, n. 2. Oxford: Oxford University Press/Nova Iorque: New York University School of Law, pp. 211-41

SIEHR, Angelika (2004). "Derogation Measures under Article 4 ICCPR with Special Consideration of the 'war Against International Terrorism". In: *German Yearbook of International Law* 47 (2004). Berlin: Duncker & Humblot, 2005, pp. 545-93.

SILVA, Jose Afonso da (2000). *Poder constituinte e poder popular (Estudos sobre a ação)*. Sao Paulo: Malheiros.

SILVA, Virgilio Afonso da (2009a). "Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional". In: Marcelo Neves (org.). *Em torno da transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. Sao Paulo: Quartier Latin (no prelo).

_____ (2009b). *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Sao Paulo: Malheiros.

SKINNER Quentin (1989). "Language and political change". In: T. Balt J. Farr e R. 1. Hanson (orgs.). *Political Innovation and conceptual Change*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 6-23.

SLAUGHTER, Anne-Marie (2000). "Judicial Globalization". In: *Virginia Journal of International Law* 40. Charlottesville, VA: Virginia Journal of International Law Association, pp. 1103-24.

_____ (2003). "Global Community of Courts". In: *Harvard International Law Journal*. Cambridge, MA: Publications Center - Harvard Law School, pp. 191-219.

_____ (2004). *A New World Order*. Princeton/ Oxford: Princeton University Press.

SMEND, Rudolf (1968). "Verfassung und Verfassungsrecht (1928)". In: Rudolf Smend. Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, pp. 119-276.

SMTIH, Adam M. (2006). "Making Itself at Home. Understanding Foreign Law in Domestic Jurisprudence: The Indian Case". In: Berkeley Journal of International Law, vol. 24. Berkeley: University of California at Berkeley, pp. 218-72.

SOLON, Ari Marcelo (1997). Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão. Porto Alegre: Fabris.

SPENCER BROWN, G. (1971). Laws of Form. Londres: George Allen and Unwin (Reimpr. da 1. ed., de 1969).

STEIKER, Jordan (2006). "United States: Roper v. Simmons". In: International Journal of Constitutional Law, vol. 4, n.º 1. Oxford: Oxford University Press | Nova Iorque: New York University School of Law, pp. 163-71.

STEINMETZ, Wilson Antonio (2001). Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

STICHWEH, Rudolf (2000). Die Weltgesellschaft: Soziologische Analysen. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp.

STRYDOM, Hennie (2004). "South Africa and International Law - From Confrontation to Cooperation". In: German Yearbook of International Law 47. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, pp. 160-213.

SUNDER, Madhavi (2005). "Enlightened Constitutionalism". In: Connecticut Law Review, vol. 37, n.º 4. Hartford: Connecticut Law Review Association, pp. 891-905.

TAVARES, Andre Ramos (2005). Reforma do judiciário no Brasil pós 88: (des)estruturando a justiça. Comentários completos a Emenda Constitucional nº 45/04. São Paulo: Saraiva.

TAYLOR, Charles (1988). "Der Irrtum der negativen Freiheit". In: Charles Taylor. Negative Freiheit? Zur Kritik des neuzeitlichen Individualismus. Trad. al. H. Kocyba. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 118-44.

TEUBNER, Gunther (1987a). "Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese". In: Hans Haferkamp e Michael Schmid (orgs.). Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung: Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 89-128.

_____ (1987b). "Episodenverkniipfung. Zur Steigerung von Selbstreferenz im Recht". In: Dirk Baecker et al. (orgs.). Theorie als Passion: Niklas Luhmann zum 60. Geburtstag. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 423-46.

_____ (1988). "Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungslarm? Autopoietische Geschlossenheit als Problem für die Rechtssetzung". In: D. Grimm e W. Maihofer (orgs.). Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13). Opladen: Westdeutscher Verlag. pp. 45-64.

_____ (1989). Recht als autopoietisches System. Frankfurt am Main: Suhrkamp [trad. port.: O direito como sistema autopoietico. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993].

_____ (1996a). "Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche". In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, numero suplementar [Beiheft] 65. Wiesbaden: Steiner, pp. 199-220 [trad. bras.: "Altera pars audiatur: O direito na colisao de discursos". In: Gunther Teubner et al. Direito e cidadania na pós-modernidade. Piracicaba: Unimep, 2002, pp. 91-129].

_____ (1998b). "Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes". In: Rechtshistorisches Journal 17. Frankfurt am Main: Lowenklaus, pp. 234-65 [trad. bras.: "Mundos contratuais: O direito na fragmentação de regimes de private governance". In: Gunther Teubner, Direito, sistema e policontextualidade. Piracicaba: Unimep, 2005b, pp. 269-97].

_____ (2000). "Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft". In: Dieter Simon e Manfred Weiss (orgs.). *Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiro Simitis*. Baden-Baden: Nomos, 2000, pp. 437-53 [trad. bras.: Regimes privados: direito neoespontaneo e constituições dualistas na sociedade mundial. In: Gunther Teubner, *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005c, pp. 105-27].

TOLEDO, Ricardo Vigil (2009). "La contribucion del Tribunal de Justicia Andina al proceso de integración suramericana". In: Armin von Bogdandy, Cesar Landa Arroyo e Mariela Morales Antoniazzi (orgs.). *Integración suramericana a través del derecho? Un analisis multidisciplinario y multifocal*. Heidelberg: Instituto Max Planck de Derecho Comparado y Derecho Publico Internacional/Madri: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 397-412.

TOMUSCHAT, Christian (1995). "Die internationale Gemeinschaft". In: *Archiv des Völkerrechts* 33. Tübingen: Mohr, pp. 1-20.

_____ (1997). "International Law as the Constitution of Mankind". In: United Nations (arg.). *International Law on the Eve of the Twenty-first Century: Views from the International Law Commission*. Nova Iorque: United Nations, 1997, pp. 37-50.

_____ (2008). *The Human Rights: Between Idealism and Realism*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press.

TONNIES, Ferdinand (1979). *Gemeinschaft und Gesellschaft: Grundbegriffe der reinen Soziologie*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft (reimpr. da 8. ed. de 1935).

TRINDADE, Antonio Augusto Cancado (2000). *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: UNB.

_____ (2003). *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, vol. I.

_____ (2007). "Prefacio. A Corte Interamericana de Derechos Humanos: un testimonio para la historia". In: Marcio Luis de Oliveira (coord.). O Sistema Interamericano de Protección dos Direitos Humanos: interface com o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, pp. XVII-XLIII.

TUSHNET, Mark (2004). "Some Legacies of Brown v. Board of Education". In: Virginia Law Review, vol. 90, nO 6. Charlottesville, VA: Virginia Law Review Association, pp. 1693-720.

_____ (2008). "The Inevitable Globalization of Constitutional Law". Paper apresentado no seminário "The Changing Role of Highest Courts in an Internationalizing World", promovido pelo Hague Institute on International Law, em 23-24 de outubro de 2011, 22 pp. (disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1317766>).

TYRELL, Hartmann (2005). "Singular oder Plural- Einleitende Bemerkungen zu Globalisierung und Weltgesellschaft". In: Bettina Heintz, Richard Munch e Hartmann Tyrell (orgs.). Weltgesellschaft: Theoretische Zugänge und empirische Problemlagen (Sonderheft der Zeitschrift für Soziologie). Stuttgart: Lucius & Lucius, pp. 1-50.

UERP MANN, Robert (2001). "Internationales Verfassungsrecht". In: Juristenzeitung 2, ano 56, n. 11. Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 565-73.

VENANCIO FILHO, Alberto (1977). Das arcadas ao bacharelismo (150 anos de ensino jurídico no Brasil). 2. ed. Sao Paulo: Perspectiva, s.d. [Wed. 1977].

VENTURA, Deisy (2003). As assimetrias entre a Mercosul e a União Europeia: as desafios de uma associação inter-regional. Barueri, SP: Manole.

VERDROSS, Alfred (1926). Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft. Viena/Berlin: Springer.

_____ ; SIMMA, Bruno (1984). Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis. 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot.

VOLIO, Lorena Gonzalez (2005). "Los Pueblos indigenas y el ejercicio de los derechos politicos de acuerdo a la Convencion America_na: El Caso Yatama contra Nicaragua". In: Revista IIDH/Instituto. Interamericano de Derechos Humanos 41. Sao Jose da Costa Rica: El Instituto, pp. 317-45.

VORLANDER, Hans (1999). Die Verfassung: Idee und Geschichte. Mu_nique: Beck.

VOS, Ellen (1997). "The Rise of Committees". In: European Law Jour_nal3. Oxford: Blackwell, pp. 210-29.

WAGNER, Markus (2003). "Die wirtschaftlichen Mai5nahmen des Sicherheitsrates nach dem 11. September 2001 im vblkerrechtli_chen Kontext - Von Wirtschaftssanktionen zur Wirtschaftsgesetzgebung". In: Zeitschrift fUr ausliindisches offentliches Recht und Volkerrecht 63. Heidelberg: Max-Planck-Institut fur Auslandsches Offentliches Recht und Vblkerrecht/Stuttgart [u.a.]: Kohlham_mer, pp. 879-920.

WAHL, Rainer (2002). "Konstitutionalisierung - Leitbegriff oder Allerweltsbegriff". In: Carl Eugen Eberle, Martin Ibler e Dieter Lorenz (orgs.). Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart: Festschrift fUr Win fried Brohm zum 70. Geburtstag. Mu_nique: Beck, pp. 191-207.

___ (2007). "Das Verhaltnis des EMRK zum nationalen Recht - Die Relevanz unterschiedlicher Entwicklungsphase". Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber amicorum Luzius Wildhaber. Zuriq: DikelBaden-Baden: Nomos, pp. 865-94.

WALDRON, Jeremy (2005). "Foreign Law and the Modern Ius Gen_tium". In: Harvard Law Review, vol. 119. Cambridge, MA: The Har_vard Law Review Association, pp. 129-47.

WALKER, Neil (2002). "The Idea of Constitutional Pluralism". In: Modern Law Review 65. Oxford: Blackwell, pp. 317-59.

WALLERSTEIN, Immanuel (1979). "Aufstieg und künftiger Niedergang des kapitalistischen Weltsystems". In: Dieter Senghaas (org.). Kapitalistische Weltökonomie: Kontroverse über ihren Ursprung und ihre Entwicklungsdynamik. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp.31-67.

WALTER, Christian (1999). "Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess". In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht - ZaöRV, vol. 59, n.º 4. Stuttgart: Kohlhammer/Heidelberg: Max-Planck-Institut für Völkerrecht, pp. 961-83.

WALZER, Michael (1983). Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality. Nova Iorque: Basic Books.

_____ (1998). "Vorwort zur deutschen Ausgabe". Trad. al. Claus Offe. In: M. Walzer. Sphären der Gerechtigkeit: Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 11-4.

WATSON, Alan (1977). "Legal Transplants". In: A. Watson. Society and Legal Change. Edimburgo: Scottish Academic Press, pp. 98-114.

WEBER, Max (1985). Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie. 5. ed. Org. Johannes Winkelmann. Tübingen: Mohr [ed. 1922] [trad. bras.: Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: UnB - Sítio Paulo: Imprensa Oficial, 2004, 2 vols.

WEILER, Joseph (1999). The Constitution of Europe: "Do the New Clothes have an Emperor" and Other Essays on European Integration. Cambridge: Cambridge University Press.

WELSCH, Wolfgang (1991). "Gesellschaft ohne Meta-Erzählung". In: Wolfgang Zapf (arg.). Die Modernisierung moderner Gesellschaften: Verhandlungen des 25. Deutschen Soziologentages in Frankfurt am Main 1990. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 174-84.

WILDHABER, Luzius (2005). "The Role of Comparative Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights". In: *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*. Co16nialBerlim/Muniqué: Heymanns, pp. 1101-7.

WILLKE, Helmut (1992). *Ironie des Staates: Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*. Frankfurt sobre O Meno: Suhrkamp.

WITTGENSTEIN, Ludwig (1997). "Philosophische Untersuchun_gen" [1945-1949]. In: Ludwig Wittgenstein. *Werkausgaben*. 11" ed. Frankfurt sabre o Meno: Suhrkamp, vol. 1, pp. 225-580 [trad. bras.: *Investigar; i5es filos6ficas*. 2. ed. Sao Paulo: Abril Cultural, 1979, co! "Os Pensadares"].

_____ (2003). "The Attack of September 11, 2001, the Wars Against Taliban and Iraq: Is there a Need to Reconsider International Law on the Recourse to Force and the Rules of Armed Conflict". In: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7. Leiden: Nij_hoff/Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentli_ches Recht und Völkerrecht, pp. 1-78.

YOUNG, Ernest A. (2005). "Foreign Law and the Denominator Pro_blem". In: *Harvard Law Review*, vol. 119. Cambridge, MA: The Harvard Law Review Association, pp. 148-68.

ZOLO, Danilo (1993). "Democratic Citizenship in a Post-communist Era". In: David Held (arg.), *Prospect for Democracy: North, South, East, West*. Cambridge: Polity Press, pp. 254-68.

_____ (2006). "Teoria e crítica do Estado de direito". In: P. Costa e D. Zolo (orgs.). *O Estado de direito: história teoria crítica*. Trad . bras. C. A. Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, pp. 3-94.

ZUMBANSEN, Peer (2006). "Transnational Law." In: Jan Smits (org.). *Encyclopedia Cmparative Law*. Londres: Esward Elgar, pp. 738-54.