

TRANSCONSTITUCIONALISMO

TRANSCONSTITUCIONALISM

ORIENTADOR: FERNANDO TONET¹

MATHEUS FIGUEIREDO NUNES DE SOUZA²

RESUMO

A realidade que se vive passa por um processo de esvaziamento das próprias estruturas jurídicas, o que, por consequência, conduz ao esvaziamento da ordem constitucional e se torna desprovida de força normativa para regular as complexas e conflituosas interações sociais. No entanto, mesmo diante da insuficiência do Estado em resolver problemas que ultrapassam suas fronteiras, ainda existe grande insegurança em se abrir a novas perspectivas humanas e não humanas. Nesse sentido, a teoria transconstitucional de Marcelo Neves surge como um paradigma apto a lidar com os problemas da sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Sociedade Contemporânea. Teoria dos Sistemas Autopoiéticos. Transconstitucionalismo. Constitucionalismo Contemporâneo.

ABSTRACT

The reality that exists goes through a process of emptying own legal structures, which consequently leads to an erosion of the constitutional order and becomes devoid of legal force to regulate the complex and conflicting social interactions. However, despite the State's failure to solve problems that go beyond their borders, there is still great uncertainty in opening the new human and non-human perspectives. In this sense, transconstitucional theory Marcelo Neves emerges as a paradigm able to deal with the problems of contemporary society.

Keywords: Contemporary Society. Theory of Autopoietic Systems. Transconstitucionalism. Contemporary Constitutionalism.

1 INTRODUÇÃO

¹ Advogado Criminalista. Mestre em Direito - URI. Professor Universitário. E-mail: fernando.tonet@hotmail.com.

² Graduando do VIII nível do Curso de Direito, pela Faculdade Meridional – IMED. Pesquisador, atuando nos temas: Direito Criminal, Direito Constitucional, Sociologia Jurídica e Teoria dos Sistemas Autopoiéticos. E-mail: matheus.nunnes13@gmail.com

O período que vivenciamos é o que a sociologia histórica chama de “pós-modernidade”. O panorama pós-moderno apresenta diversos fenômenos, na maioria das vezes, estes são hipercomplexos. Diante disso, surgem múltiplos problemas que acabam por rodear o constitucionalismo contemporâneo, e que, em virtude da sua complexidade, bem como da interligação da sociedade, afetam vários contextos e ultrapassam qualquer limite imposto pelo Estado.

Com a “inauguração” da era da globalização, juntamente com o aumento da complexidade, a multiplicidade de possíveis experiências e ações, tornou-se transparente que as teorias antigas tinham seu potencial limitado em termos de percepção e estavam ficando incapazes de trabalhar a complexidade. Desse modo, o projeto do transconstitucionalismo vem para possibilitar o aprendizado recíproco e intercâmbio criativo.

2 DESENVOLVIMENTO

Quando abordamos a temática transconstitucional, o problema passa a consistir em delinear formas de relação entre ordens jurídicas diversas. Uma pluralidade de ordens jurídicas, cada uma com seus próprios elementos ou operações, estruturas, procedimentos... Disposto a isso, resulta-se em uma diferenciação no interior do sistema jurídico. Dessa forma, dizemos que o sistema jurídico é multicêntrico de tal maneira que “na perspectiva do centro (juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra ordem jurídica constitui uma periferia” (NEVES, 2009, p.117).

É preciso dizer, ainda, que a **sociedade é um sistema de comunicação**, e, na medida em que cada sistema parcial comunica (cada um com a sua linguagem – toda comunicação de cunho jurídico faz parte do sistema jurídico) faz parte da sociedade. Cada sistema se comunica de forma distinta, cada regra comunicacional precisa ser compreendida sob suas próprias características e se distinguem entre si. (LUHMANN, 2007, p.112)

Em contraponto à imagem tradicional que temos de um único centro de produção normativa – o Estado-nação – nos deparamos com uma “multiplicidade de centros de decisão jurídica num dado sistema, o que exclui a estrutura piramidal do direito por Kelsen construída [...]” (ARNAUD, 2000, p.382). Nessa ótica, podemos partir de qualquer ordem jurídica com

pretensão de autonomia, e não de uma “imposição *top down*”³ entre as relações existentes entre essas ordens; dessa forma, as relações transconstitucionais não são um transplante jurídico, mas sim uma troca recíproca de conhecimento através da comunicação.

Com a perda da centralidade de produção normativa, o modelo sistêmico jurídico buscou novas redes de comunicação, onde a cooperação tornou-se uma necessidade na emergência de novas formas de observação sobre as ordens jurídicas internacionais, nacionais, transnacionais e supranacionais sobre diversos temas, entre eles os direitos fundamentais e humanos. Nesse sentido, o autor:

O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando as ordens jurídicas diversas, a “conversação” constitucional é indispensável

As diversas ordens jurídicas (estatais, internacionais, supraestatais, transnacionais) são incapazes de oferecer, de forma isolada, uma resposta adequada para os problemas normativos da sociedade mundial, em face da sua complexidade, exigindo a inclusão de outros entes soberanos nos Estados. Quando no passado a soberania era unitária e originária, hoje é compartilhada entre membros que buscam o melhor caminho para seus países e instituições. Assim, a realidade se tornou muito ampla e complexa, “depois das consistentes e persistentes internacionalizações e globalização terem reduzido o Estado a um simples herói local” (CANOTILHO, 2006, p.185).

O envolvimento de duas ou mais ordens jurídicas, seja da mesma espécie ou não, aponta para um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos. Essa situação coloca várias respostas simultâneas para um mesmo problema jurídico-constitucional a uma diversidade de ordens jurídicas.

Conforme é posto por Neves, quando usamos a expressão “sistema jurídico mundial de níveis múltiplos” (NEVES, 2009, p.236-237), ressaltamos a pluralidade de ordens em que seus tipos estruturais, formas de diferenciação, modelos de autocompreensão e modos de concretização são distintos e peculiares, uma variedade da qual são frutos entrelaçamentos onde nenhuma das ordens deve se apresentar como *última razão* discursiva. Embora haja

³ Ao referir-se à expressão de uma imposição *top down*, Marcelo Neves levanta que o problema tem sido quebrar com o paradigma em que as relações entre ordens devem ter uma posição hierárquica. Ver: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 117-118.

certa hierarquia no interior das ordens, nas relações heterárquicas somos postos perante um sistema multiangular de observações e expectativas. A partir disso temos a possibilidade de desenvolver elementos constitucionais em diferentes planos.

Dentre esses elementos, a visão transconstitucional traz uma atenção necessária aos direitos fundamentais e direitos humanos. Nesse momento, Marcelo Neves faz um lembrete da evolução histórica dos direitos do homem (NEVES, 2009, p.249-253), que em um primeiro momento apresenta seu surgimento no âmbito das liberais. Posteriormente, na experiência tardia de constitucionalismo vivido pela Alemanha, surgiu a expressão “direitos fundamentais”, referindo-se aos direitos positivados e garantidos nas constituições estatais, embora seu conteúdo cruzasse nas linhas relativas a direitos civis, políticos, sociais, dentre outras.

Porém, é importante fazermos uma distinção com base teórica nas colocações de Luhmann entre direitos fundamentais e direitos humanos. Enquanto aqueles serviriam para a “manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação” ou, a *contrario sensu*, reagiriam ‘ao perigo da desdiferenciação’; estes estariam ligados à problemática da exclusão, assim orientando para a inclusão do homem como pessoa nos sistemas funcionais (NEVES, 2009, p.251), mas nada impede que as características de um não se apresentem no outro, e vice-versa. Assim, uma perspectiva de pluridimensões desses direitos nos corrobora a ideia da ligação com um texto constitucional, mas também apresenta um constitucionalismo que se abre para esferas além dos Estados, devido à sua abertura aos diversos ordenamentos jurídico-normativos.

Nos deparamos com um mundo de problemas constitucionais, e que são comuns à multiplicidade de ordens jurídicas. Com isso devemos estabelecer um método transconstitucional que rejeite tanto um método hierárquico quanto uma completa fragmentação. A principal ideia desse método a ser desenvolvida é a construção de uma ponte de transição que possibilite um relacionamento de aprendizado mútuo e construtivo em face de problemáticas comuns que demandem soluções que sejam suportadas por todas as ordens que se envolvam, e que não haja uma instância decisória, mas sim uma conversação horizontal.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interpretação na Teoria dos Sistemas, parte do conceito de comunicação e está sempre ligada a uma teoria da ação. A análise sistêmica pressupõe que a sociedade apresenta as características de um sistema, as quais permitem a compreensão dos fenômenos sociais por meio dos laços de interdependência que os unem e os constituem numa totalidade⁴. Nesse sentido, uma frase atribuída ao pensamento Luhmanniano se encaixa perfeitamente: “*Não é que as coisas não existiam, é que não eram observadas*”.

Se a sociedade é tratada como um sistema, um todo e interligada, essa teoria tem se mostrado apta a enfrentar as problemáticas contemporâneas, nas quais, cada vez mais, tem-se presenciado a “*quebra de centralidade de produção normativa sistêmica*” (TONET, 2013, p. 168). Emergem novos “*lugares de sentido*” que fomentam organização, paz, proximidade e mediação dos conflitos, os quais não se manifestam exclusivamente pela vontade do Estado, seja nas ações legislativas ou judiciais.

Por fim, temos a *certeza* que a *incerteza* do futuro dos sistemas sociais, jurídicos e políticos, passam pelo mesmo caminho, *os riscos* que são criados pela imprevisibilidade sistêmica. Para essa imprevisibilidade, necessitamos de novos padrões que se adaptem às problemáticas que surgem cotidianamente na sociedade multicultural pós-moderna, esse paradigma é o Sistêmico Autopoiético, expressado na teoria do Transconstitucionalismo, de Marcelo Neves.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução: Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2º. ed. reimp. Coimbra: Editora Almedina: 2006.

LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de La sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: edición Heder, 2007.

⁴ A totalidade, no sentido em que a concebemos, não é uma visão da realidade imediata e eternamente válida, somente atribuível a olhos divinos. Não se trata de um horizonte estável e autodelimitado, isso nos traz que não existem verdades absolutas, mas sim pontos de observação e que cada observador é limitado. Pelo contrário, uma visão total implica tanto a assimilação quanto a transcendência das limitações dos pontos-de-vista particulares. Representa o contínuo processo de expansão do conhecimento, possuindo como objetivo não atingir uma conclusão válida supratemporalmente, mas a extensão mais ampla possível de nosso horizonte de visão”. MANNHEIM, Karl. **Ideologia e utopia**. Tradução de Sérgio Magalhães Santeiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 132.

MANNHEIM, Karl. **Ideologia e utopia**. Tradução de Sérgio Magalhães Santeiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

TONET, Fernando. **Reconfigurações do constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2013.