

# O NEOCONSTITUCIONALISMO EM FOCO: A PÓS-MODERNIDADE E A IMPORTÂNCIA DA PROPOSTA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Alexandre Luna da Cunha<sup>1</sup>

Monica Bonetti Couto<sup>2</sup>

Jéssica Chaves Costa<sup>3</sup>

**Resumo:** O artigo tem por escopo analisar o fenômeno do neoconstitucionalismo, tendo em vista a sua premissa basilar de que a Constituição é o núcleo central e supremo dos sistemas jurídicos. Ademais, serão abordadas as grandes transformações sofridas pelo Direito e, mais precisamente, pela ciência constitucional, em razão dos paradigmas introduzidos por uma sociedade pós-moderna e globalizada. Vislumbrando essas novas perspectivas, será apresentada a proposta do transconstitucionalismo, de autoria de Marcelo Neves, como solução apta a absorver a complexidade inerente aos problemas jurídico-constitucionais contemporâneos que ultrapassam as fronteiras estatais. Em prol do entrelaçamento das diversas ordens jurídicas, este artigo tem por objeto a conclusão de que os valores introduzidos pelo modelo neoconstitucional serão mais adequadamente resguardados frente ao diálogo, cooperação e incorporação recíproca de conteúdos entre sistemas constitucionais autônomos.

---

<sup>1</sup> Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho – Brasil – SP.

<sup>2</sup> Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Brasil – SP.

<sup>3</sup> Mestranda do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho – Brasil – SP.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo; Pós-modernidade; Transconstitucionalismo.

Sumário: Introdução. 1. O neoconstitucionalismo em foco. 2. O fenômeno da pós-modernidade. 3. A proposta do transconstitucionalismo e a sua importância para a sociedade pós-moderna. Conclusões. Referências.

## INTRODUÇÃO



Muitas foram as mudanças vislumbradas pelos mais diversos sistemas jurídicos a partir das transformações vivenciadas pelo constitucionalismo no período pós-guerra. A mais relevante alteração refere-se ao papel desempenhado pelo texto constitucional, anteriormente visto como mero esboço orientador a ser seguido pelo legislador, e que se transformou numa carta com amplo e denso conteúdo valorativo, apto a servir de fundamento para atuação do legislador e dos demais agentes públicos.

As constituições tradicionalmente políticas de determinados Estados, ao incorporarem em seu texto princípios e direitos fundamentais, estabeleceram uma conexão necessária entre direito e moral, demandando uma notória reconfiguração de toda a dogmática jurídica para a compreensão desse novo fenômeno. Mostrou-se, assim, imperiosa a criação de um modelo capaz de compreender e operacionalizar a aplicação do conteúdo normativo-valorativo positivado nas cartas constitucionais.

Por conseguinte, para abarcar a estrutura dos sistemas jurídicos contemporâneos e suas cartas constitucionais, compreendendo a sua nova realidade, surgiu o fenômeno chamado pelos doutrinadores de *neoconstitucionalismo*.

A locução neoconstitucionalismo é utilizada para representar o movimento do Direito que busca promover os valores substanciais e o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos

frente ao Estado. Ademais, demonstra a superação do positivismo, na medida em que o sistema jurídico deixou de ser fundamentado apenas na legalidade estrita, para ser influenciado diretamente pelos valores constitucionais. As maiores consequências desse movimento são a supremacia do texto constitucional, a larga promoção dos direitos fundamentais, a constitucionalização do direito, além da força normativa dos princípios.

Todavia, com o passar dos tempos e com os paradigmas pós-modernos, um audacioso desafio despontou para o Estado Constitucional, tendo em vista a diversidade e dinamicidade social. Isso porque, hodiernamente, a crescente e complexa integração das sociedades, bem como a sua heterogeneidade, permitiu que os problemas jurídico-constitucionais se tornassem insuscetíveis de serem analisados por uma única ordem jurídica estatal – no âmbito do seu respectivo território –, na medida em que são relevantes, concomitantemente, para outras ordens jurídicas.

Vale dizer, o Direito Constitucional restou afastado de seu fundamento originário meramente estatal para se dedicar ao tratamento de questões transconstitucionais comuns, aquelas na qual a solução ultrapassa os limites das diversas ordens jurídicas, podendo envolver, por exemplo, tribunais estatais e internacionais, ou até mesmo ordens normativas estatais e uma ordem normativa local.

Marcelo Neves, autor da teoria do transconstitucionalismo, em apreciação neste estudo, trouxe o exemplo brasileiro da criminalização das práticas de homicídio de recém-nascidos, comuns no interior de determinadas comunidades indígenas, proposta no Projeto de Lei nº 1.057/07.

Costume arraigado nas comunidades indígenas brasileiras, o ato de tirar a vida de recém-nascidos constitui valor histórico indispensável para a vida biológica e cultural daquele povo. Diante desse cenário, tem-se, de um lado, o respeito à ordem constitucional brasileira, impondo a caracterização de crime

para uma prática já tipificada no Código Penal Brasileiro. Ao seu revés, temos a necessidade de valorizar a cultura indígena, respeitando uma minoria esquecida e desvalorizada. A solução, de difícil compatibilização, precisa de novos caminhos que podem ser alcançados por meio de pontes de diálogo entre as distintas ordens jurídicas, na busca de um tratamento harmonioso e adequado.

No exemplo em questão, tem-se um problema que envolve diferentes ordens jurídicas dentro de um mesmo território estatal. Mas as questões transconstitucionais podem implicar na necessidade urgente de redução das distâncias territoriais em prol do entrosamento alargado entre ordens jurídico-constitucionais distintas.

O presente artigo tem por objetivo, portanto, à luz dos paradigmas pós-modernos, demonstrar que a adoção da teoria do transconstitucionalismo, ao ser capaz de promover o diálogo e a cooperação entre ordens jurídicas distintas, alarga as fronteiras dos valores instituídos pelo neoconstitucionalismo, em prol de uma maior efetividade dos direitos fundamentais.

Isto posto, inicialmente serão analisadas as premissas e os marcos fundamentais do neoconstitucionalismo. Em um segundo momento, analisar-se-ão os paradigmas sob os quais se sustentam as afirmações sobre a sociedade pós-moderna e sua influência no Direito. Por fim, será apresentada, em linhas gerais, a teoria do transconstitucionalismo e sua grande importância para o contexto atual.

O artigo adota o método dedutivo de abordagem, servindo-se, ademais, da pesquisa bibliográfica.

## 1. O NEOCONSTITUCIONALISMO EM FOCO

O fenômeno jurídico alcunhado de *neoconstitucionalismo* é alvo constante de muitas divergências doutrinárias. Inicialmente, como pode ser depreendido do prefixo *neo*, seria

possível concluir que estar-se-ia diante de algo que tem a pretensão de inovar na ordem jurídica, entretanto, muito se questiona sobre o que o fenômeno efetivamente representa.

Nesse sentido, relevante a passagem de BARROSO (2007, p. 01) a respeito dos prefixos *neo* e *pós*, muito utilizados na atualidade:

Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para jingles, e não para sinfonias. O Direito vive uma crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era. Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: *pós*-modernidade, *pós*-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo ainda é incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.

Para CAMBI (2009, p. 2), “o novo, dentro das múltiplas e complexas relações sociais, está posto, antes, para ser compreendido”. Portanto, inobstante a todas inseguranças e instabilidades inerentes ao conceito, o desafio que é colocado aos estudiosos é uno, qual seja de combater o imobilismo conceitual em prol do desenvolvimento de instrumentos cada vez mais adequados a efetivar os valores neoconstitucionais.

Ainda no tocante ao assunto, VALE (2007, p. 68) também afirma:

Não se trata de um movimento, mas de um conjunto de posturas teóricas que adquiriram sentidos comuns ao tentar explicar o direito dos Estados constitucionais, especificadamente aqueles que, a partir do segundo *pós*-guerra, em momentos históricos de repúdio aos recém-depostos regime autoritários, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de

direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade.

Não obstante as mais diversas abordagens do fenômeno jurídico denominado neoconstitucionalismo, é possível identificar pontos comuns a respeito desta nova perspectiva do Direito Constitucional. Isto porque, nessas abordagens, há um foco comum de se buscar, primordialmente, a concretização dos direitos fundamentais e a eficácia da Constituição.

Destarte, confere-se grande importância aos princípios e valores como elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados, a partir da normatização de um largo conjunto de direitos fundamentais. Outra característica inquestionável é a compreensão da Constituição como norma fundamental que irradia efeitos para todo o ordenamento, condicionando a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e, inclusive, dos particulares. A isso, se convencionou chamar de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. A ponderação como método de interpretação e aplicação dos princípios e resolução de conflitos também é colocada no centro do neoconstitucionalismo.

Importante salientar que o neoconstitucionalismo mostra-se como uma teoria que visa explicar a transformação e o novo padrão do Direito. Para sua melhor compreensão, necessário se faz, conforme as lições de BARROSO (2007, p. 10), analisá-lo sobre três principais marcos, quais sejam: histórico, teórico e filosófico.

O marco histórico tem por escopo explicar os acontecimentos marcantes que permitiram o surgimento e o fortalecimento do neoconstitucionalismo. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo vivia um período de grave crise frente às atrocidades cometidas pelos regimes totalitários. Diante disso, era necessário redefinir o lugar da Constituição e a sua influência sobre as instituições contemporâneas, levando a incorporação de um catálogo de direitos e garantias fundamentais para a defesa dos cidadãos frente aos abusos que poderiam ser cometidos pelo Estado.

Nesse contexto, algumas Constituições europeias lideraram grandes avanços no campo do Direito Constitucional, conforme assevera SARMENTO (2009, p. 06):

As constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico que contém importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições.

Alguns documentos podem ser elencados como importantes referências históricas no desenvolvimento de um novo Direito Constitucional, tais como, a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã de 1949) e a consequente instalação do Tribunal Constitucional Federal no ano de 1951. Ademais, a promulgação da Constituição Italiana em 1947 e a criação da Corte Constitucional em 1956 não podem ser deixadas de lado, posto que, somados, aludidos documentos influenciaram países de tradição romano-germânica por todo mundo.

A respeito do marco teórico, BARROSO (2007, p. 13) afirma:

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

A afirmação de que as normas constitucionais têm força normativa significa dizer que o entendimento clássico de que a Constituição era apenas uma carta de intenções políticas, trazendo em seu bojo somente regras de organização político-administrativa, não mais subjaz.

O reconhecimento da força normativa da Constituição, a partir do caráter vinculativo e obrigatório de todas as suas disposições, permite que, assim como acontece com todas as outras, as normas constitucionais detenham imperatividade, de modo que a sua inobservância irá deflagrar mecanismos próprios de

coação. Nesse sentido, SARMENTO (2009, p. 05):

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal – quase como a fonte exclusiva – do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não poderiam ser invocadas perante o Judiciário, na defesa de direitos.

Ocorre que, na medida em que as Constituições que se seguiram eram dotadas de normas com vinculação positiva, notou-se, conseqüentemente, uma gradual expansão da jurisdição constitucional. Vale dizer, se antes – consoante o supramencionado – vigorava um modelo de supremacia do legislativo, após a reconfiguração de suas normas, passou-se a uma supremacia da Constituição.

A expansão da jurisdição constitucional como consequência da supremacia da Constituição permitiu, por exemplo, a constitucionalização dos direitos fundamentais e do direito como um todo, na qual o texto constitucional é colocado no centro, irradiando efeitos para todo o ordenamento jurídico, a criação de um modelo próprio de controle de constitucionalidade, além da criação de tribunais constitucionais.

Ademais, a partir da expansão da jurisdição constitucional, se vislumbrou uma maior importância do Poder Judiciário, haja vista que conflitos entre princípios e bens jurídicos constitucionais passaram a ser decididos por cortes constitucionais. Como consequência, era inevitável que, diante do novel cenário, fosse construída uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Isso porque os métodos clássicos de interpretação não eram capazes de oferecer resposta adequada para as complexas questões jurídico-constitucionais que se apresentavam, de modo a ser necessária a criação de novos métodos interpretativos que levassem em consideração as especificidades das normas constitucionais, com princípios próprios aplicáveis à interpretação

constitucional.

Neste momento, importante trazer a ponderação de BARROSO (2007, p. 11):

A interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico.

No tocante ao marco filosófico, emerge o *pós-positivismo*, com seu foco nos direitos fundamentais e na reaproximação entre direito e moral. Por meio do distanciamento das duas grandes correntes de pensamento, quais sejam o jusnaturalismo e o positivismo, o pós-positivismo apresenta-se como uma leitura moral do Direito, indo além da mera legalidade estrita, mas sem desprezar o direito posto.

O neoconstitucionalismo manifesta-se, por conseguinte, como um movimento do Direito que visa preservar a máxima eficácia dos direitos fundamentais. Em sentido amplo, com a superação do positivismo jurídico, reorganizou-se sobremaneira a estrutura dos ordenamentos jurídicos – outrora fundamentados no respeito à lei – a fim de promover a valorização da Constituição e de seus ideais primordiais.

Ademais, o neoconstitucionalismo consubstancia-se como uma nova forma de interpretar o Direito, que aproximado da moral e da ética, contempla um conteúdo valorativo amplo, apto a promover e garantir os direitos fundamentais prescritos em princípios e regras constitucionais, alocando a Constituição ao centro do sistema jurídico a fim de irradiar toda sua força normativa.

## 2. O FENÔMENO DA PÓS-MODERNIDADE

O termo *moderno*, segundo BITTAR (2009), surgiu em meados do século V, sendo originalmente empregado para caracterizar o cristianismo como algo novo, em oposição ao paganismo. Com o passar dos tempos, o termo sofreu diversas releituras, mantendo sempre o sentido comum de inovação.

Não há consenso na história da humanidade sobre qual o momento preciso em que se iniciou a modernidade, todavia, consoante ao que entende BITTAR (2009, p. 26):

(...) a descoberta de novas terras nas Américas e o contato com novas culturas; a introdução do pensamento filosófico pagão junto à ideologia cristã; o retorno das matrizes gregas de inspiração nas artes e na ciência; a criação das primeiras universidades; e a ascensão de uma nova classe social que se afirmaria como burguesia mercantil contribuiria para que mais tarde, pelos idos do século XVII, florescesse uma nova dimensão social e econômica na Europa que formaria o espírito da modernidade.

Ademais, segundo ROCHA (2009, p. 379), a modernidade assenta suas bases na revolução burguesa, nos pilares do racionalismo iluminista, no liberalismo individualista e no Estado Nacional soberano.

Fato é, que a modernidade se firmou quando do fortalecimento do Estado e do Direito, por meio da codificação de direitos fundamentais e do estabelecimento de limites ao próprio Estado. As constituições ditas modernas caracterizam-se, pela definição de ROCHA (2009, p. 380):

pelas declarações de direitos e pela separação de poderes, de onde nasce a moderna cidadania, que deixa de ser apenas a possibilidade de participação nas instituições públicas como parte do Estado e a serviço dele e passa a ser o sujeito da política.

Todavia, é cada vez mais comum a constatação de que os padrões modernos passam por uma grave crise, ainda segundo ROCHA (2009, p. 381):

(...) seja pela quebra de linearidade do discurso racionalista,

presente na profusão do pragmatismo legitimado pela eficácia das condutas, seja na superação do indivíduo como centro do universo pelo indivíduo com o seu universo, particularizado, distante da sua condição coletiva, e enfim, seja pelo esgotamento da identidade nacional e da identificação do Estado como sociedade de poder incontrastável e garantida por fronteiras rígidas para a sociedade, a economia, a cultura, o direito, etc.

Com a globalização, a sociedade se vê diante de um novo arcabouço de padrões e valores que implicam diretamente na configuração de uma renovada organização social, política, econômica e jurídica, culminando em um modelo de Estado pós-moderno.

As mudanças ocasionadas pela pós-modernidade são multiformes, uma vez que se espraiam por diferentes focos, no entanto, importante destacar a observação de MARANHÃO (2011, p.113), pertinente para este artigo:

Dilacerou-se a soberania estatal. A velocidade das informações e a planetarização da economia acarretaram um inevitável e perigoso enlace integrativo entre todas as nações, fragilizando-se aquela capacidade que cada ente estatal outrora possuía de, individualmente gerir com ordem e segurança seus próprios problemas internos. (...) A democracia deixa de ser centrada em uma concepção unitária e universalista, tendo que aceitar o estilo pós-moderno de respeito/tolerância à pluralidade de perspectivas e de identidades minoritárias, em reconhecimento à profunda complexidade que recai sobre a sociedade hodierna.

Importante destacar neste momento, que o neoconstitucionalismo também é afetado pelos paradigmas trazidos pela pós-modernidade, tendo em vista a estruturação de uma sociedade complexa e multifacetada. A era pós-moderna abrange uma realidade materialmente mais rica, em contraposição à modernidade puramente cartesiana, influenciando sobremaneira o constitucionalismo atual.

Com a crise e a superação da modernidade, falar em pós-modernidade é colocar em rota de colisão a simplificação reducionista em que se fixou o paradigma da modernidade com a

complexidade pós-moderna. Destarte, NUNES e PILATI (2017, p. 186):

A complexidade se contrapõe ao paradigma moderno, o qual contempla o Direito a partir de uma visão monista, eminentemente legalista, que reduz a riqueza das relações sociais a um conjunto de normas de conduta positivadas no ordenamento jurídico, racionalizando as relações jurídicas mediante um processo de subsunção que parte da razão técnica de um operador jurídico o qual se situa numa posição distante do seu objeto de análise.

Esse cenário também é bem destacado por SARMENTO (2009, p. 12), senão vejamos:

As projeções do pós-modernismo sobre o Direito são ainda controversas e incertas, mas alguns pontos podem ser destacados: (...) o monismo jurídico, fundado no monopólio da produção de normas pelo Poder Público, abre espaço para o pluralismo através do reconhecimento das fontes não estatais do Direito, cujo campo de regulação tende a ser ampliado com a crise do Estado, catalisada pelo processo de globalização. Abandona-se a ideia de ordenamento jurídico completo e coerente, estruturado sob a forma de uma pirâmide, que teria no vértice a Constituição. A imagem que melhor corresponde ao ordenamento é a de rede, em razão da presença de inúmeras cadeias normativas emanadas das mais variadas fontes, que se entrelaçam numa trama complexa, a qual reflete a caoticidade do quadro jurídico-político envolvente. O Direito pós-moderno pretende-se também mais flexível e adaptável às contingências do que coercitivo e sancionatório, próprio da Modernidade. No novo modelo, ao invés de impor ou proibir condutas, o Estado prefere negociar, induzir, incitar comportamentos, tornando-se mais 'suave' o seu direito (soft law).

Importante salientar, que a complexidade da realidade pós-moderna não nega o Estado ou o Direito, afirmando apenas que há uma realidade muito mais ampla e dinâmica a ser considerada ante aos problemas jurídicos. É dizer, faz-se imprescindível um sistema aberto que leve em consideração todas as diversas interações socioeconômico-culturais que escapam à categorização posta e definida das normas de uma determinada ordem estatal.

O Direito deve ser vislumbrado como uma estrutura aberta e permeável que não baste por si própria, na medida em que seja capaz de compreender todas as interações que lhe são externas, ou seja, que estão para além da norma. No mesmo sentido, NUNES e PILATI (2017, p. 189) continuam:

A complexidade por transcender o plano estrito da lei, exige do Direito que se aproxime das relações sociais, das culturas e de realidades diferentes e divergentes. Busca uma aproximação do sujeito para com o objeto de direito, assim como o intérprete da norma para com a trama que lhe circunda e que lhe envolve em direções alheias a um ambiente estritamente normativo.

De qualquer modo, inobstante todas as mudanças perpetradas pelo fenómeno da pós-modernidade, é indiscutível que os paradigmas neoconstitucionais supramencionados devem continuar a ser assegurados e efetivados na maior medida possível. Isso somente é possível a partir de uma constante valorização dos direitos fundamentais.

À luz desse complexo cenário, a proteção assegurada por meio dos avanços do movimento neoconstitucional não pode ser desprezada, ao seu revés, precisa ser renovada, a fim de fomentar essa visão multifacetada de sociedade. Nesse sentido, a preservação dos valores fundamentais do homem deve transcender as fronteiras estatais, entrelaçando-se com as mais variadas ordens jurídicas estatais, internacionais e supranacionais.

É nessa esteira de pensamento que novas construções teóricas vêm sendo desenhadas, com a finalidade precípua de absorver, em sua integralidade, a complexidade pós-moderna. É o caso da teoria do transconstitucionalismo, a seguir delineada.

### 3. A PROPOSTA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO E A SUA IMPORTÂNCIA PARA A SOCIEDADE PÓS-MODERNA

Inicialmente, a fim de compreender adequadamente os ideais trazidos pela proposta do transconstitucionalismo, é

necessário desvincular-se das concepções do constitucionalismo tradicional, no qual se tem uma constituição e um sistema constitucional associados exclusivamente a determinado Estado, enquanto organização territorial.

Nas suas origens, o constitucionalismo emergiu para delimitar a atuação estatal, assegurando direitos e garantias aos cidadãos. Para tanto, a existência de um sistema normativo constitucional se mostrava suficiente, na medida em que os problemas apresentados tinham seu âmbito de solução limitados territorialmente àquele Estado.

Entretanto, com o desenvolver da sociedade pós-moderna, houve a proliferação de questões jurídico-constitucionais transterritoriais, levando à necessidade de abertura do constitucionalismo para além das fronteiras do Estado. Isso porque, “os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassaram fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar estes problemas” (NEVES, 2009, p. 120).

Na sociedade pós-moderna, os dilemas atinentes ao sistema político ou jurídico vão além das fronteiras territoriais dos respectivos Estados. Nessa esteira, “a sociedade mundial traz consigo novos desafios, e a diminuição da capacidade regulatória do Estado é um destes inúmeros desafios que merecem uma análise mais cuidadosa”. (NEVES, 2009, p. 29).

O que se vê, é um “entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos” (NEVES, 2009, p. 30), o que leva a conclusão de que o Estado deixou de ser o “*locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais” (NEVES, 2009, p. 265).

Nesse contexto, a teoria chamada de *transconstitucionalismo* vem ganhando cada vez mais espaço no vocabulário jurídico-constitucional contemporâneo. A partir do livro homônimo publicado em 2009, Marcelo Neves trouxe a proposição de um

conjunto teórico que tem por escopo aproximar ordens jurídicas constitucionais, a fim de alargar a proteção dos direitos dos cidadãos, por meio da criação de laços de diálogo com o respeito mútuo a cada realidade jurídica.

Em um primeiro momento, a análise da expressão pode levar à conclusão de que a proposta de Neves é de uma constituição que ultrapasse as fronteiras dos Estados Nacionais, é dizer, de uma “transconstituição” comum. Entretanto, trata-se de um transconstitucionalismo sem uma “transconstituição”, de modo que a proposta almeja uma comunicação entre os sistemas e não uma unificação destes em um só documento constitucional.

O modelo de Marcelo Neves também rechaça a possibilidade de desenvolver-se um dito “Estado Mundial”, o qual centraliza e hierarquiza todos os demais ordenamentos jurídicos. Por conseguinte, não objetiva, de modo algum, a construção de um discurso de unificação com uma conseqüente subordinação, mas sim um discurso de coordenação de sistemas. Propõe-se, na realidade, que as ordens estatais, sejam elas internacionais ou supranacionais, dialoguem, persuadindo umas às outras pelas suas próprias decisões.

Em linhas gerais, o marco teórico para essas considerações coordenativas é a chamada teoria dos sistemas sociais de LUHMANN<sup>4</sup>. Para o autor, somente é possível pensar em transconstitucionalismo a partir de sistemas que estejam coordenados, aptos a atuar em conjunto, por meio do estabelecimento de mecanismos recíprocos de aprendizado, que preservarão a estrutura de cada sistema.

Para NEVES (2009, p. 122):

Impõe-se, pois, um “diálogo” ou uma “conversação” transconstitucional. É evidente que o transconstitucionalismo não é capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial. Mas ele parece que tem sido a única forma eficaz

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, ver: LUHMANN, N. *Sistemas sociais: lineamentos generales para una teoria general*. Barcelona: Anthropos: 1998.

de dar e estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna.

Portanto, um determinado Estado Nacional terá sua identidade e autonomia preservadas a partir de um *fechamento operacional*, uma operação baseada exclusivamente em elementos internos, entretanto, em um primeiro plano, poderá ocorrer uma *abertura cognitiva*, por meio da qual o próprio sistema poderá observar elementos externos a ele.

Logo, não há qualquer relação de subordinação entre os sistemas que objetivam entrar em rota de diálogo, sendo possível, por exemplo, que uma determinada Corte Constitucional estude o comportamento de um tribunal de outro sistema, todavia, suas referências ao direito comparado seriam apenas elemento secundário, é dizer, *obiter dicta*.

A intenção do autor é evitar o *fechamento operacional* completo dos sistemas, em prol de uma *racionalidade comunicativa transversal*, por meio da qual as ordens jurídicas se reconheçam reciprocamente como sujeitos autônomos, em uma efetiva abertura.

Mas o autor vai além, a sua proposta de diálogo transconstitucional não envolve apenas uma abertura cognitiva, é dizer, o mero conhecimento da forma de atuação de um outro sistema em uma determinada situação. Mas sim um *acoplamento estrutural* entre duas ou mais ordens, de modo que os sistemas que se encontram envolvidos em uma questão transconstitucional modifiquem a si próprios em prol de uma atuação coordenada.

Segundo Marcelo Neves, a concepção de acoplamento estrutural mostra-se como um instrumento de interpenetração que se afina com a racionalidade transversal, posto que possibilita o intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas (NEVES, 2009, p. 33). O acoplamento estrutural promove, por conseguinte um entrelaçamento das mais diversas ordens, a fim de que possam manter uma relação mútua

de independência e dependência.

Logo, para NEVES (2009, p. 119):

O transconstitucionalismo faz emergir, por um lado, uma “fertilização constitucional cruzada”. As cortes constitucionais citam-se reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva. Em termos de racionalidade transversal, as cortes dispõem-se a um aprendizado construtivo com outras cortes e vinculam-se às decisões dessas.

Ir além do acoplamento estrutural, seria reconhecer uma *racionalidade transversal*, caso em que os sistemas em diálogo desenvolvem modos semelhantes de tratar as mesmas questões. Nesse sentido, NEVES (2009, p. 37):

Todo âmbito de comunicações, ao expor-se em conexão com um outro, pode desenvolver seus próprios mecanismos estáveis de aprendizado e influência mútuos. Então, cabe falar de racionalidades transversais parciais, que podem servir à relação construtiva entre racionalidades particulares dos sistemas ou jogos de linguagem que se encontram em confronto. Cada racionalidade transversal parcial está vinculada estruturalmente às correspondentes racionalidades particulares, para atuar como uma “ponte de transição” específica entre elas.

A partir da racionalidade transversal, as ordens jurídicas compatibilizam os seus padrões avaliativos, construindo elementos de decisão que serão compartilhados, em um nível avançado e complexo de entrelaçamento. Interessante notar, que a racionalidade transversal possibilita a incorporação recíproca de conteúdos que será utilizada para coordenação de suas próprias atividades.

As ideias do transconstitucionalismo levam em consideração a complexidade do Estado pós-moderno, a partir do pressuposto de que fazemos parte de um sistema jurídico maior que é global. A relação transconstitucional resulta, portanto, na conclusão de que as ordens jurídicas diversas pertencem a uma única ordem jurídica que é mundial.

Para o autor, Estados precisam estabelecer diálogos, colocando-se no lugar um do outro e incorporando elementos relevantes de outras ordens, em uma atuação cooperativa que não

deixa de lado a autonomia. Há a necessidade, de que as identidades sejam reconstruídas, levando em consideração a alteridade, vale dizer, a observação do outro.

Nessa linha de argumentação, conclui NEVES (2009, p. 265):

Disso extrai-se que as múltiplas constituições desenvolvidas nos âmbitos dos outros Estados e para além do plano Estatal criam entre si mecanismos de aprendizado recíprocos, ou seja, de racionalidade transversal através da observação mútua, o que consiste na nova forma de enfrentamento que o sistema jurídico (junto ao sistema político), estabeleceu na sociedade mundial. O que permanece em questão, é até que ponto as condições empíricas da sociedade mundial permitirão o desenvolvimento dessa nova formação constitucional.

Importante salientar, por derradeiro, conforme o já afirmado no item anterior, que as concepções transconstitucionalistas não rechaçam os valores neoconstitucionais. Pelo contrário, isso porque o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas nada mais é do que as concepções neoconstitucionais aplicadas a solução de questões jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens jurídicas.

Segundo NEVES (2009, p. 129), para que o transconstitucionalismo se desenvolva plenamente é fundamental que, nas respectivas ordens envolvidas, estejam presentes princípios e direitos que levem a sério as premissas básicas do constitucionalismo.

Isto posto, tendo em vista os paradigmas pós-modernos e a necessidade sempre presente de fortalecimento e afirmação dos direitos fundamentais, exige-se que estes transcendam as fronteiras estatais, entrelaçando-se com outras ordens jurídicas estatais, internacionais e supranacionais. Nesta esteira, a ideia do transconstitucionalismo se coaduna com os ideais de uma sociedade pós-moderna, por meio da ampliação dos ideais neoconstitucionais, de modo a difundi-los para as mais diversas ordens estatais.

## CONCLUSÕES

A sociedade pós-moderna implica em transformações profundas na seara do Direito, sendo, uma de suas consequências, a fragilidade das tradicionais estruturas estatais. O Estado deixou de ser o *locus* privilegiado de resolução dos problemas jurídico-constitucionais, o que não significa dizer que deixou de ser fundamental.

Na realidade atual, o Estado mostra-se apenas como um dos vários *loci* para a busca de respostas adequadas aos problemas constitucionais. A integração cada vez mais profunda e complexa levou à desterritorialização das questões constitucionais contemporâneas, que se emanciparam dos limites territoriais estatais.

Alinhada a essa realidade, a teoria transconstitucionalista reconhece que a conversação entre as ordens jurídicas distintas se mostra como a solução mais adequada no tratamento das questões em tela, haja vista a relevância comum e a certeza de que os problemas não serão adequadamente resolvidos de modo isolado.

Portanto, a teoria transconstitucionalista, ao incentivar o entrelaçamento dos diversos sistemas constitucionais, ganha grande relevância no cenário globalizado atual, se coadunando com a tendência de abertura do Direito para que uma determinada ordem jurídica seja capaz de modificar a si própria em decorrência do contato com outras ordens.

Tendo por base a teoria dos sistemas, Marcelo Neves utiliza, de forma magistral, a racionalidade transversal para designar o processo de incorporação recíproca de conteúdo, buscando uma atuação cooperativa ante a demandas constitucionais-contemporâneas.

Destarte, é possível concluir que diante das transformações profundas visualizadas na sociedade mundial, o neoconstitucionalismo e as ordens constitucionais atuais, ainda que

relevantes, não conseguem resolver as questões que se apresentam de forma local e singular, razão pela qual a proposta do transconstitucionalismo se mostra deveras adequada para a solução de um problema constitucional.

Todavia, importante destacar que os pressupostos fundantes do neoconstitucionalismo não podem ser extintos, sendo condição de possibilidade para a existência e desenvolvimento do transconstitucionalismo, a fim de que este seja capaz de, por meio de uma abertura dialógica, valorizar os direitos fundamentais a partir de uma reflexão da configuração das relações entre ordens constitucionais.



## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. O neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Número 9 – março/abril/maior/2007, p. 01-41. Salvador. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=183>. Acesso em 30 dez. 2017.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O Direito na Pós-Modernidade e Reflexões Frankfurtianas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamentos generales para una teoria general*. Barcelona: Anthopos: 1998.
- MARANHÃO. Ney Stany Morais. Pós-modernidade versus neoconstitucionalismo. Um debate contemporâneo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18. Região*.

- Goiânia, Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, 1998. V. 14, p. 110–141, 2011. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/porta/arquivos/2012/03/revista2011versaodigital.pdf>. Acesso em 11 jan. 2018.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NUNES, Francisco Pizzette; PILATI, José Isaac. O constitucionalismo sob o viés da pós-modernidade. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. V. 12, n. 1/2017, p. 181-197. Disponível em: [https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24065/pdf\\_1](https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24065/pdf_1). Acesso em: 14 jan 2018.
- ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. Pós modernidade e crise do estado moderno: o ocaso do constitucionalismo liberal. *Revista Nucleus*. v. 6. n. 2, out 2009, p. 377-384. Disponível em: <http://www.nucleus.feituverava.com.br/index.php/nucleus/article/view/199/333>. Acesso em 13 jan. 2018.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009, p. 04-23. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 29 dez. 2017.
- VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC – jan/jun. 2007*, p. 67-77. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-067-Andre\\_Rufino\\_do\\_Vale.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-067-Andre_Rufino_do_Vale.pdf) Acesso em: 02 jan. 2018.